

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**QUAL O LIMITE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL?**

Um estudo sobre a ADI 5756

**ROGER NOBRE VIEIRA**

**Rio de Janeiro**  
**2018/1º SEMESTRE**

**ROGER NOBRE VIEIRA**

**QUAL O LIMITE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL?**

Um estudo sobre a ADI 5756

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Carina de Castro Quirino.

**Rio de Janeiro**

**2018/1º SEMESTRE**

Vieira, Roger Nobre.

Qual o limite do poder normativo das Agências Reguladoras no Brasil? Um estudo sobre a ADI 5756 / Roger Nobre Vieira. -- Rio de Janeiro, 2018.

72 f.

V795b

Orientador: Carina de Castro Quirino.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder Normativo. 3. Eficiência. 4. ANS. 5. Deslegalização. 6. Inovação. 7. Competência. 8. Lei-quadro. I. QUIRINO, Carina de Castro, orientadora. II. Título.

**ROGER NOBRE VIEIRA**

**QUAL O LIMITE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL?**

Um estudo sobre a ADI 5756

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Carina de Castro Quirino.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador:

---

Membro da Banca:

---

Membro da Banca:

**Rio de Janeiro**  
**2018/1º SEMESTRE**  
**AGRADECIMENTOS**

Aprendi com o tempo a importância de celebrar as vitórias, o valor das experiências e como cada passo que se dá influencia diretamente na nossa personalidade. Entretanto, ter aprendido a valorizar as minhas conquistas não me fez esquecer o quão estas se tornam mais valorosas ainda quando compartilhadas. Deste modo, não poderia deixar de agradecer àqueles que estiveram ao meu lado, me concedendo o suporte necessário para que eu pudesse obter êxito nessa longa caminhada que se encerra, cada um à sua maneira.

Agradeço, primeiramente, a Deus e, como consequência disso, invariavelmente à minha avó Zely, por ter me mostrado que há um potencial desconhecido na fé e por ter, junto com a minha mãe, ressignificado o sentido da palavra “amor” a cada abraço.

Assim como não poderia deixar de agradecer à minha avó Maria Dulce Machado Esteves que, com todo esforço, concedeu à minha família a capacidade de sonhar, além de ser o maior exemplo que eu tive.

Agradeço aos meus irmãos, em especial ao Renan, meu melhor amigo dentro de casa e meu parceiro de sonhos e, em breve, de conquistas. Além do meu pai, os demais familiares e à Thaissa, que teve influência direta nessa vitória que ora celebramos, sendo o meu porto seguro, a minha paz e o meu amor.

À todos amigos que fizeram dessa caminhada uma experiência indescritível, guardarei a estes a vívida memória dos tempos na gloriosa que hoje já me encham de nostalgia e orgulho, por ter tido a honra de desfrutar da companhia destes nestes cinco anos.

Agradeço à docente Carina de Castro Quirino, minha orientadora, que teve papel crucial na construção dessa obra e que, com muito cuidado, fez desta tarefa um aprendizado extremamente proveitoso, suavizando as tensões típicas de um final de graduação.

Por fim, dirijo meus agradecimentos à Faculdade Nacional de Direito e todo seu corpo docente que, com muito empenho, me permitiu obter grande aprendizado durante toda a graduação, além de um amor inenarrável, “um sentimento que pra vida eu vou levar”.

## RESUMO

A edição de regulamentos por parte das Agências Reguladoras sempre foi tema controvertido no ordenamento jurídico pátrio. O aludido ato normativo, resultante do processo de deslegalização, sempre se mostrou mais eficiente para atender as demandas de setores que evoluem numa velocidade maior do que o processo legislativo formal poderia acompanhar. Além disso, dada a função específica, que tem origem na descentralização administrativa, a edição dos supracitados regulamentos possibilita uma apreciação técnica mais apurada e influencia diretamente na qualidade da regulação, assim como nos serviços prestados pelas pessoas jurídicas, no âmbito dos setores regulados. O presente trabalho monográfico tem, por sua vez, o objetivo de aprofundar o debate sobre a limitação do poder normativo das agências reguladoras e, especificamente, debater questões atinentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5756, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, e que discute a criação das Administradoras de Plano de Saúde pela ANS.

**Palavras-chave:** Agências Reguladoras; Poder Normativo; Eficiência; ANS; Deslegalização, Inovação; Competência; Lei-quadro.

## **ABSTRACT**

The enactment of regulations by Regulatory Agencies has always been a controversial issue in the Brazilian legal system. The aforementioned normative act, resulting from the process of outlaw, has always proved more efficient to meet the demands of sectors that are moving faster than the formal legislative process could follow. In addition, given the specific role of administrative decentralization, the issuance of the aforementioned regulations allows a more accurate technical assessment and directly influences the quality of regulation, as well as the services rendered by legal entities within the regulated sectors. The present work has the objective of deepening the debate on the limitation of the normative power of the Regulatory Agencies and, specifically, to discuss the issues related to the Direct Action of Unconstitutionality No. 5756, which is being discussed by the Supreme Court (STF), and that involves the creation of the Health Plan Administrators by the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (ANS).

**Keywords:** Regulatory Agencies; Regulatory Power; Efficiency; ANS; Outlaw, Innovation; Competence; Framework law.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

- 1 **AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E AS SUAS ATRIBUIÇÕES**
  - 1.1 CONCEITO
  - 1.2 CRIAÇÃO E ESTRUTURA
    - 1.2.1 *Criação e Estrutura da ANS*
  - 1.3 ATRIBUIÇÕES
    - 1.3.1 *A ANS e as Suas Atribuições*
- 2 **O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**
  - 2.1 DESLEGALIZAÇÃO
    - 2.1.1 *Legitimidade dos Atos Regulatórios e Administração Dialógica*
  - 2.2 NATUREZA E HIERARQUIA DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS  
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
  - 2.3 A MULTIPLICIDADE DAS NORMAS INSTITUÍDOAS E A SUA  
PROBLEMÁTICA
- 3 **A ANS E OS LIMITES NA EDIÇÃO DE REGULAMENTOS – A  
DISCUSSÃO DA ADI 5756**
  - 3.1 DA LEI INSTITUIDORA DA ANS E DA LEI 9.656/98
  - 3.2 A ADI 5756 E A FIGURA DAS ADMINISTRADORAS DE PLANO DE SAÚDE
  - 3.3 EFEITOS ECONÔMICOS DISCUTIDOS NA ADI 5756
- 4 **CONCLUSÃO**



## INTRODUÇÃO

No século XX, o Estado brasileiro se notabilizava pela intervenção na economia de maneira massiva e direta e, no início da década de 1930, essa concepção ainda se mantinha de maneira intensa. Entretanto, entendeu-se também à época pela necessidade de se desenvolver meios de controle para áreas importantes da economia. Neste cenário, foram criadas as chamadas Agências Estatais, que se caracterizaram como uma espécie de embrião na criação das atuais Agências Reguladoras.<sup>1</sup>

Resultado de um processo de desestatização, caracterizado pela transferência da titularidade de serviços essencialmente estatais, as Agências Reguladoras tomaram corpo no Brasil, sendo referendadas pela Constituição Federal de 1988.<sup>2</sup> Apesar de relativamente recente, o modelo de regulação adotado no Brasil detém exemplos da sua utilização à longa data, assemelhando-se ao modelo norte-americano.<sup>3</sup>

Diante de uma das maiores crises já enfrentadas pelos Estados Unidos da América, foi fortalecido o Estado Regulador, a fim de regular a economia e suavizar os efeitos de outras crises que porventura viessem a acontecer. O contexto político-econômico era o “New Deal”, onde se desenvolveu o chamado “welfare state” (Estado de Bem Estar Social), que tinha como objetivo fazer com que os efeitos das intempéries econômicas fossem parcamente sentidos pela população e se diferenciava do exemplo brasileiro por ter significado um aumento da intervenção estatal, uma vez que fora criado em meio a uma economia política predominantemente liberal.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.) **Direito, Regulação e Economia: estudos para o debate brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25-26.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>3</sup> “O modelo regulatório brasileiro tem inspiração no modelo norte – americano. As agências reguladoras sempre ocuparam papel de destaque na organização administrativa americana, especialmente após a Grande Depressão, iniciada em 1929, e que tem uma das causas a quebra de valores de Nova Iorque”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 103.

<sup>4</sup> O New Deal, que deu origem ao Estado de Bem Estar Social nos Estados Unidos, foi amplamente influenciado pela teoria do economista britânico John Maynard Keynes e consistia em diversas prestações positivas do Estado, tais como a desvalorização do dólar para alavancar as exportações; a realização de empréstimos aos bancos com o objetivo de manter a liquidez das instituições; a garantia do direito à organização sindical; o estímulo à produção agrícola; a criação do sistema de seguridade social (com destaque para o seguro desemprego e para a lei de seguridade de 1935) e a realização de uma grande quantidade de obras públicas, com destaque às hidrelétricas e rodovias. PINTO, Tales. **O New Deal**. História do Mundo. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/o-new-deal.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

A substância deste novo Estado centrava-se na criação de diversas Agências, circunstância esta que se sobressaía neste modelo de tal modo que se confundia com o próprio Direito Administrativo norte-americano. Muitos diziam que o próprio Direito Administrativo se tratava, na verdade, de um “Direito das Agências”, dada a sua importância e a multiplicidade destes órgãos à época.<sup>5</sup>

É inegável que as entidades regulatórias tiveram um papel extremamente relevante para o Estado norte-americano e mesmo assim, após o cataclismo económico que foi a Grande Depressão de 1929, as primeiras críticas as sobrevieram. Contudo, somente na década de 1970 essas críticas se fortaleceram, em função, principalmente, da teoria económica da Regulação, formulada pela Escola de Chicago.<sup>6</sup>

Estas críticas foram voltadas, principalmente, às falhas no interesse público e à possibilidade de captura<sup>7</sup> das Agências pelos agentes regulados, uma vez que, no entendimento dos críticos ao modelo regulador, este atende aos interesses privados, afetando a imparcialidade no trâmite decisório, além da própria Regulação Social,<sup>8</sup> temas estes que ainda se encontram em voga nas discussões sobre a efetividade do Estado regulador.

No entanto, ainda que o modelo brasileiro nos remeta ao exemplo norte-americano e contenha particularidades em comum com o modelo regulatório implementado na comunidade europeia, é possível concluir que, no que tange à atuação, instituição das Agências Reguladoras e ao conceito de regulação desenvolvido durante o século XX, a formação do Estado Regulador brasileiro se deu de maneira única.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agências y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 159 e 160. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista47/Revista47\\_157.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2018.

<sup>6</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.) **Regulação económica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora Método, 2017, p. 23.

<sup>7</sup> Captura é termo utilizado para caracterizar um quadro, no qual as empresas de determinado setor regulado venham exercer poder de influência, promovendo seus interesses em detrimento do interesse público. POSNER, Richard A. Teorias da regulação económica. In: MATTOS, Paulo (Coord.) **Regulação económica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora Método, 2017, p. 65.

<sup>8</sup> Utilização, de contratos, regras e ferramentas regulatórias para o alcance de metas não só económicas como também sociais. WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. A. **Conceituando regulação social e económica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo – FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

<sup>9</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia – Estudos para o Debate Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: ABDR, 2017, p. 27.

Isso ocorre pelo fato de não ter havido uma transição de um Estado liberal, nem conflito de grupos sociais, para um novo modelo organizacional. O que ocorreu, na verdade, foi um conflito restrito aos grupos dominantes e que detinham o acesso aos canais de circulação do poder político e controle da máquina estatal,<sup>10</sup> uma vez que, na época da efetivação do modelo regulador, o Brasil se encontrava em um regime autoritário, resultando na supressão da representatividade democrática e com a sua economia dependente do capital multinacional, monopolizado.<sup>11</sup>

Esses, dentre outros motivos, ressaltam a singularidade do desenvolvimento do Estado Regulatório brasileiro e, além disso, explicam o porquê da evolução tardia de um modelo que já se encontrava recorrentemente em debate ao redor do mundo, mas que só veio a ser reconhecido de maneira direta no Brasil na Constituição Federal de 1988, como já dito alhures.

Com o advento da Carta Magna foram instituídas duas agências,<sup>12</sup> a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”), sendo estas designadas precipuamente à atuação em setores monopolizados pelo Estado, denotando a importância institucional de cada órgão.

Apesar de haver disposição doutrinária que dê a entender que estas Agências teriam maior importância que as demais, por alicerçarem-se em fundamento de validade constitucional, resta inadequado sobrepor qualquer Agência a outra, visto que todas possuem alto interesse público dentro do modelo descentralizado brasileiro.

<sup>10</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia – Estudos para o Debate Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: ABDR, 2017, p. 27.

<sup>11</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia – Estudos para o Debate Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: ABDR, 2017, p. 29.

<sup>12</sup> Art. 21. Compete à União: [...] XI. Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; [...]§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

Este é, decerto, o exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”), que tem sua atuação voltada a um setor de suma importância, a saúde. Partindo disso, a relevância temática das questões atinentes à mesma se dá, em primeiro lugar, pelo fato de a Constituição Federal reconhecer a saúde como direito de todos e dever do Estado.<sup>13</sup> Por conta disso, a saúde, em sentido amplo, integra a rede de proteção ao indivíduo, mais conhecida como sistema de seguridade social brasileiro, de maneira que a criação do Sistema Único de Saúde (“SUS”) expressa essa relevância ao ser instituído em caráter irrestrito e universal, em prol da proteção social do indivíduo.<sup>14</sup>

Em segundo lugar, e agora detidamente em relação ao âmbito de controle da ANS, estão as vultosas cifras relacionadas à saúde suplementar no Brasil. Em 2015, por exemplo, representando 9,1% do Produto Interno Bruto (“PIB”), as despesas com bens e serviços de saúde alcançaram 546 bilhões de reais e destes, 204,4 bilhões de reais foram vertidos pela população à saúde privada, isto é, 3,4% do PIB, o que significou um aumento de mais de 100% aos R\$ 97,8 bilhões gastos em 2010.<sup>15</sup>

Destaca-se, para fins dessa mudança, a alteração da chamada *pirâmide populacional*, ao ponto em que o envelhecimento da população ocasionou um aumento progressivo da necessidade de cuidados à saúde.<sup>16</sup>

É importante frisar, no entanto, que nos últimos três anos o setor vem perdendo beneficiários em função da crise que assolou o país.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>14</sup> IBRAHIM, Fabio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed., atualizada. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2015. p. 5 e 6.

<sup>15</sup> PENNAFORT, Roberta. **Despesas com saúde no Brasil atingiram 9,1% do PIB em 2015**. O Estado de S. Paulo. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,despesas-com-saude-no-brasil-atingiram-9-1-do-pib-em-2015,70002126378>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

<sup>16</sup> O mercado de Serviços de Saúde no Brasil. **PricewaterhouseCoopers**. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/setores-atividade/assets/saude/healthcare-port.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

<sup>17</sup> CASEMIRO, Luciana. **Planos de Saúde Perdem mais de 3 milhões de usuários em 3 anos**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/planos-de-saude-perdem-mais-de-3-milhoes-de-usuarios-em-3-anos-22326983>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

De acordo com os dados divulgados pela ANS, mais de 3 milhões de beneficiários deixaram de contar com planos de saúde suplementar desde 2015. Essa realidade, no entanto, vem sendo alterada desde 2017 em função do reestabelecimento da economia, mas que ainda se demonstra complicada, devido ao alto índice de endividamento da população e à instabilidade econômica comum a mercados em recuperação.<sup>18</sup>

Não restam dúvidas sobre a expressiva relevância econômica e social de toda a temática, imiscuindo-se nas mais diversas esferas de poder e influenciando direta e indiretamente o cotidiano de cada indivíduo localizado no território brasileiro.

Nesta toada, tendo em vista que as matérias afeitas ao objeto de regulação das entidades regulatórias merecem suma importância, ressalta-se a necessidade de se debater a problemática da questão da limitação do poder normativo da ANS, não somente no que se refere aos aspectos doutrinários, mas também em relação aos efeitos econômicos e sociais.

Em razão disso, o presente estudo discorrerá sobre a celeuma da identificação da natureza dos atos proferidos pelas Agências Reguladoras e, especificamente, sobre a alocação normativa das administradoras de planos de saúde e a sua constitucionalidade, através da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 5756, ajuizada em 14 de agosto de 2017, ainda em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (“STF”).

Em decorrência dessa análise, para fins de interpretação da problemática levantada na própria ADI, serão estudados os efeitos econômicos que possam vir a clarificar o entendimento acerca da possibilidade de concentração e influência sobre o mercado, o que poderia resultar na ineficiência da prestação ao consumidor.

Teria a figura das administradoras de saúde o poder para concentrar este mercado? Seria coerente estabelecer critérios para padronização da criação das Agências Reguladoras a fim de que fosse delimitada essa delegação de competência? Haveria a possibilidade de se desenvolver meios de limitação aos regulamentos editados por estas?

---

<sup>18</sup> CASEMIRO, Luciana. **Planos de Saúde Perdem mais de 3 milhões de usuários em 3 anos**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/planos-de-saude-perdem-mais-de-3-milhoes-de-usuarios-em-3-anos-22326983>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

No decorrer do presente trabalho monográfico, que se desenvolverá através de documentação indireta e análise descritiva ampla, serão demonstradas as inquietações que permeiam a seara da normatização regulatória, pelos quais se denota tortuosa a tarefa da limitação.

O primeiro capítulo conterà a análise do desenvolvimento do modelo regulatório em si, relatando o seu histórico e a reforma do Estado brasileiro com a consequente implementação na perspectiva gerencial, sendo relatadas as especificidades voltadas a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

O segundo capítulo discorrerá sobre o fenômeno da delegificação, ressaltando as especificidades próprias ao modelo brasileiro, apresentando as divergências mais relevantes atinentes a natureza dos atos regulatórios e à posição que ocupam no sistema jurídico nacional.

Por fim, no terceiro e último capítulo serão pormenorizadas questões práticas voltadas à ANS, com enfoque para as inconsistências identificadas na lei que veio a ser o marco regulatório do setor e para a própria lei que instituiu a aludida autarquia, além dos fatores econômicos relatados no curso da ADI.

Este trabalho tem como objetivo aprofundar o debate sobre a limitação do poder normativo das Agências Reguladoras no Brasil, utilizando-se método de estudo de caso específico, qual seja, a ADI 5756.

Para a realização do presente trabalho, foi necessário o estudo do panorama jurídico e econômico que envolve o tema, além de análise histórica, utilizando-se do ordenamento jurídico nacional e das experiências conhecidas para além do território brasileiro.

## 1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E AS SUAS ATRIBUIÇÕES

### 1.1 CONCEITO

As Agências Reguladoras têm natureza autárquica, dotada de um regime jurídico especial e de autonomia reforçada perante a Administração, com o escopo de atender às demandas majoritariamente técnicas dos setores nos quais atuam.<sup>19</sup>

O professor Rafael Rezende de Oliveira preceitua como fundamentos principais da ação das Agências, (i) a conferência de tratamento técnico com maior segurança jurídica ao setor regulado; e (ii) o desempenho, de maneira mais célere e desburocratizada, das atividades técnicas necessária ao setor.<sup>20</sup>

Ainda quanto a maneira de se conceituar as Agências Reguladoras, Di Pietro segue a percepção mais abrangente sobre a configuração das mesmas na realidade brasileira, afirmando que as Agências Reguladoras poderiam figurar na composição da Administração Direta ou Indireta.<sup>21</sup>

Em que pese a discricionariedade que a autora conferiu à posição das Entidades Regulatórias dentro da estrutura organizacional do Estado, configura-se impróprio atribuir à Administração direta a alocação das Agências Reguladoras. Isto porque, dentro da realidade brasileira, há uma separação bem definida no que tange à estrutura da Administração que é dividida em: direta, quando há atuação direta do Estado pelos seus órgãos da administração central; e indireta, quando exercida por meio das Agências Reguladoras, por exemplo.

Ainda quanto ao desenho institucional das referidas Agências, é possível concluir que as mesmas foram criadas e relegadas à Administração Indireta pela validação do argumento de que a descentralização ocorreu a fim de especializar e aperfeiçoar a atuação Estatal, em respeito aos princípios da eficiência e economicidade, dentre outros.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 104.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 104.

<sup>21</sup> “Em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Se for entidade da Administração Indireta, ela está sujeita ao princípio da especialidade...”. DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 575.

Não é, portanto, coerente deduzir que mesmo após o processo de desestatização, que culminou na crescente regulação independente, as entidades reguladoras seriam criadas para mera realocação dos órgãos já existentes, sem que seja levada em consideração a especialização atinente à instituição das mesmas.

Nesse aspecto, o professor Alexandre Santos Aragão relata em sua obra “Curso de Direito Administrativo” que a função regulatória do Estado subsiste, ainda que não seja exercida por meio das Agências Reguladoras Independentes, mas assevera que, mesmo diante de diversos modelos organizacionais possíveis, a regulação exercida por meio destas é a mais recomendável.<sup>22</sup>

A título de exemplo, o autor ainda cita a regulação referente aos serviços públicos exercida no âmbito dos municípios brasileiros, mencionando, dentre eles, os serviços de transportes rodoviários de passageiros, concedidos a particulares, que é costumeiramente regulado pelas secretarias municipais de transportes.<sup>23</sup>

Decerto, não há uma obrigação inerente aos entes para a transferência dos serviços (nem sequer o próprio Plano Nacional de Desestatização – “PND” - o fez, através da Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997<sup>24</sup>), como também não há para a instituição de Agências Reguladoras, tendo em vista que a titularidade dos serviços que são objeto da regulação é própria à Administração, bem como a regulação.

No entanto, demonstra-se muito mais acertado optar-se pelo modelo descentralizado e especializado das Agências Reguladoras, como asseverado nas já mencionadas palavras do professor Alexandre Santos de Aragão.

José dos Santos Carvalho Filho buscou conceituar estes órgãos pelo papel que exercem, ressaltando que a essas autarquias foi atribuído o gerenciamento e a fiscalização da atuação

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 209.

<sup>23</sup> ARAGÃO de, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 209.

<sup>24</sup> BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9491.htm#art35](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9491.htm#art35)>. Acesso em: 10 mai. 2018.



das pessoas jurídicas de direito privado que compõem o setor.<sup>25</sup> Para tanto, ressalta a necessidade de que estes órgãos tenham força e atenção nos setores que regulam, com o intuito de que não sofram a captura das empresas que venham a atuar nos mesmos.<sup>26</sup>

## 1.2 CRIAÇÃO E ESTRUTURA

O legislador procurou estabelecer alguns critérios de diferenciação das Agências Reguladoras para as demais entidades autárquicas, a fim de dar efetividade às decisões de seus dirigentes, o que deu origem à denominação “autarquias especiais”, pelo fato de adotarem um regime jurídico especial. Apesar deste regime diferenciado, o legislador constituinte, no artigo 37, inciso XIX, da Constituição,<sup>27</sup> que versa sobre a criação das Autarquias, não fez qualquer distinção entre as suas possíveis variações.

No exemplo brasileiro, essas leis vêm sendo criadas de acordo com o mandamento constitucional do supracitado inciso, de modo que não há um diploma específico geral disciplinando as Agências. Diante disso, elas têm sido instituídas através de leis esparsas, como, por exemplo, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996,<sup>28</sup> que disciplina a Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”); a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997,<sup>29</sup> que institui a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) e a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997,<sup>30</sup> que cria a Agência Nacional do Petróleo (“ANP”).

<sup>25</sup> “A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo governo e as estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 520.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 520.

<sup>27</sup> Art. 37, XIX. Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai 2018.

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>30</sup> BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

A professora Maria Sylvia Di Pietro minimiza a questão, tendo em vista que, segundo ela, “embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos o mesmo padrão, o que não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente”.<sup>31</sup>

Entretanto, diante da multiplicidade das normas instituidoras, há tempos vem sendo discutida a possibilidade de que haja uma norma geral, que determine parâmetros de atuação próprios aos órgãos regulatórios no Brasil, e que venha a conceder maior clareza e credibilidade a estes.

Outro fator importante relacionado às Agências Reguladoras é a autonomia, que está diretamente ligada a uma ideia de fortalecimento destes órgãos e visa, além de outros efeitos, a imparcialidade das decisões destes, demonstrando-se, portanto, como um dos grandes pilares da validação do exercício das Agências Reguladoras.<sup>32</sup>

Em suma, a autonomia representa o maior diferencial para o que chamamos de “regime jurídico especial” e confere às Agências Reguladoras o status de “Autarquias Especiais” consagrado no ordenamento jurídico pátrio.

O conceito de autonomia destes órgãos de controle se subdivide em três vertentes: (i) capacidade para editar atos normativos; (ii) autonomia administrativa; e (iii) autonomia financeira e taxas regulatórias.<sup>33</sup>

Quanto a este poder normativo, cumpre frisar, por ora, que este se restringe à edição de regulamentos, respeitando os chamados “standards”, ou seja, normas de caráter técnico-específico. Entretanto, esta questão será pormenorizada no capítulo específico, no qual será debatida toda a celeuma da delimitação dessa capacidade normativa.

---

<sup>31</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 577.

<sup>32</sup> AGENCIA CAMARA. **Governo defende aprovação de lei geral das agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/537790-GOVERNO-DEFENDE-APROVACAO-DE-LEI-GERAL-DAS-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 110.

Em relação à autonomia administrativa, que também pode ser chamada de “autonomia funcional”, o professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira menciona que há dois fundamentos principais para que possa ser exercido um reforço à mesma nesta perspectiva: a estabilidade reforçada dos dirigentes e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das entidades regulatórias.<sup>34</sup>

No que tange à estabilidade dos dirigentes, importa destacar, em primeiro lugar, que ela se relaciona à impossibilidade de que haja a exoneração *ad nutum*, ou seja, só é possível a perda do mandato do dirigente nas hipóteses previamente estabelecidas.<sup>35</sup> Portanto, através da prerrogativa do mandato fixo se concebe a estabilidade dos dirigentes das entidades regulatórias.

Atualmente, os dirigentes são indicados pelo chefe do executivo, devendo esta escolha, no entanto, ser apreciada pelo Senado, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000<sup>36</sup>, que buscou uniformizar as normas de provimento e seleção dos mesmos.<sup>37</sup>

Quanto à estrutura do corpo diretor, o artigo 4º da retro mencionada lei<sup>38</sup> estabelece que as “Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.”<sup>39</sup>

Já em seu artigo 5º, a norma estabelece critérios mínimos para o ingresso de determinados dirigentes, diferenciados pela posição que ocupam nesses órgãos.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> “A autonomia administrativa, reforçada, das agências reguladoras pode ser afirmada por duas características básicas: a estabilidade reforçada dos dirigentes e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das entidades regulatórias”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 110.

<sup>35</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 578.

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>37</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 578.

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>40</sup> Art. 5o. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da

Por fim, também de acordo com a lei 9.986/00,<sup>41</sup> foi instituída a quarentena, em seu artigo 8º, que se refere à impossibilidade do ex-dirigente atuar no setor regulado durante um período menor que quatro meses, a contar da data de sua exoneração ou até mesmo término do mandato.<sup>42</sup>

Isso se justifica a fim de impedir que aquele que queira ingressar no mesmo setor onde outrora desempenhava o papel de dirigente, possa lançar mão de informações sigilosas e que possam vir a gerar algum desequilíbrio no setor.<sup>43</sup> Por outro lado, constata-se também grande relevância na questão da possibilidade (ou impossibilidade) de interposição de recursos hierárquicos impróprios, dirigidos à administração central, em face das decisões proferidas pelos órgãos de regulação.

Em se tratando da análise estrita ao direito positivo, não se encontra respaldo no nosso ordenamento para que sejam aceitos recursos hierárquicos impróprios nestes casos.

---

República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>42</sup> Art. 8o. O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

§ 1o. Inclui-se no período a que se refere o caput eventuais períodos de férias não gozadas.

§ 2o. Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes.

§ 3o. Aplica-se o disposto neste artigo ao ex-dirigente exonerado a pedido, se este já tiver cumprido pelo menos seis meses do seu mandato.

§ 4o. Incorre na prática de crime de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-dirigente que violar o impedimento previsto neste artigo, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis.

§ 5o. Na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, poderá ele optar pela aplicação do disposto no § 2o, ou pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse. BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>43</sup> AGENCIA CAMARA. **Proposta aumenta quarentena para ex-dirigentes de agências reguladoras.**

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/481220-PROPOSTA-AUMENTA-TEMPO-DE-QUARENTENA-PARA-EX-DIRIGENTES-DE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

Naturalmente seria possível afirmar que isto resolveria a questão, uma vez que transcender as disposições legais configuraria uma afronta à legalidade estrita imposta à Administração, seja ela direta ou indireta.<sup>44</sup>

Neste ponto, o Professor Alexandre Santos de Aragão aprofunda o debate e traz à tona exemplos de algumas entidades e da maneira com a qual lidam diante dessa possibilidade. Afirma o autor que, enquanto algumas leis se silenciam em relação a recursos administrativos de qualquer natureza, outras preveem a competência das Agências como última instância administrativa de julgamento de recursos administrativos, ou até mesmo como único âmbito administrativo para dirimir conflitos verificados na regulação do setor.<sup>45</sup>

Acrescenta o autor, sendo a favor da ideia de desnecessidade de demonstração da capacidade *una*<sup>46</sup> das Entidades Reguladoras para a resolução de conflitos nos seus respectivos setores, “que pouco importa se nesta ou naquela agência está ou não expressamente vedada a interposição de recurso hierárquico impróprio. Como já visto, não é a sua vedação que deve ser expressa e sim sua admissão (*pas de tutelle sans texte*).”<sup>47</sup>

Em relação à autonomia financeira, importa frisar que as Agências Federais têm suas fontes de arrecadação previstas em lei e, normalmente, estas se dão através de cobranças de destinação vinculada,<sup>48</sup> tendo como exemplo as taxas setoriais.

<sup>44</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 215.

<sup>45</sup> “As leis da Ana de ANP, por exemplo, silenciam-se quanto a recursos administrativos de qualquer natureza. No caso da ANEEL, há previsão de sua competência para “dirimir, no âmbito administrativo”, os conflitos verificados na regulação do setor (Art. 3º, V, Lei. Nº 9.472/96), o que vale afirmar que ela constitui o único âmbito administrativo para fazê-lo. A ANATEL e a ANVISA são expressamente qualificadas como a última instância administrativa de julgamento de recursos administrativos (Art. 19, XXV, Lei nº 9.427/97 e art. 15, VII e § 2º, Lei 9.782/99, respectivamente).” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 32.

<sup>46</sup> Ainda que haja a independência para dirimir os conflitos na esfera administrativa em relação ao executivo, importa frisar que não há, no entanto, independência em relação ao judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, XXXV. Sendo essa capacidade *una* voltada apenas ao sentido estrito de impossibilidade de interposição de recursos impróprios à administração central sem que haja previsão expressa, em respeito ao princípio da legalidade. DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 579.

<sup>47</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 209.

<sup>48</sup> AUTONOMIA Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. **Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

É importante ressaltar que há forte polêmica sobre a natureza jurídica das taxas, não sendo possível, portanto, uma conclusão pautada apenas em uma análise genérica das mesmas, sendo necessário o estudo sobre a natureza da atividade regulada e o arcabouço normativo referente a cada Agência.

Na perspectiva da análise da atividade regulada, entende-se que aquelas que desempenham atividade econômica teriam natureza tributária, mas, caso sejam instituídas por entidades regulatórias de serviços públicos concedidos, as taxas setoriais lograriam o status de preço público.<sup>49</sup>

Desta forma, as taxas atinentes a serviços públicos concedidos possuiriam caráter contratual, caracterizado pela extensão do poder disciplinar no âmbito da relação de supremacia especial,<sup>50</sup> e aquelas voltadas à atividade econômica teriam natureza tributária, em razão do exercício efetivo do poder de polícia.<sup>51</sup>

Quanto à polêmica na divisão e efetivação dos repasses, temos como exemplo as Agências Reguladoras Federais de infraestrutura que, em alguns casos, possuem uma arrecadação muito maior que a necessária para a sua atuação, mas o contingenciamento e a Desvinculação de Receitas da União (“DRU”)<sup>52</sup> impedem que o valor seja vertido proporcionalmente a estes órgãos e, por vezes, que algumas destas entidades regulatórias possam desenvolver suas atribuições de maneira eficiente.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 113.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 113.

<sup>51</sup> Poder de polícia é a capacidade do Estado de restringir direitos individuais em prol da proteção de direitos coletivos. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 265.

<sup>52</sup> Em 1994 foi instituído o Fundo Social de Emergência “FSE”, em 1994, que depois viria ser chamado de Fundo de Estabilização Fiscal “FEF” em 1996, no Governo de FHC e somente em 2000 passou a ter o formato que é adotado até hoje, recebendo a nomenclatura de DRU. Tem como escopo possibilitar que o governo possa desvincular parte (20%) das receitas que estariam engessadas a outras áreas. Por fim, desde 2015, com esquete na PEC 31/2016, aprovada pelo Senado, o percentual permitido à desvinculação passou de 20% para 30% e a sua validade estendida até 2023. ENTENDA o que é DRU. **Estadão**. Disponível em:

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-que-e-a-dru,97994>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

AGÊNCIA SENADO. **Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023**. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

<sup>53</sup> AUTONOMIA Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. **Centro de Estudos Em Regulação e Infraestrutura – Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Deste modo, demonstra-se evidente a relativização da autonomia financeira, uma vez que o déficit no repasse não permite o cumprimento das suas respectivas atribuições em sua totalidade, gerando o sucateamento dos órgãos de regulação e, conseqüentemente, um prejuízo à atividade regulatória.<sup>54</sup>

### 1.2.1 Criação e Estrutura da ANS

Instituída através da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2.000,<sup>55</sup> e regulamentada pelo decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2.000<sup>56</sup> e pela resolução RDC (ANS) nº 593/00,<sup>57</sup> a ANS completa neste ano 18 anos da sua criação. Esta instituição não só significou uma maior qualificação da atividade regulatória, como também veio a confirmar o desenvolvimento do setor após o seu marco regulatório, ocorrido em 1998, através da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.<sup>58</sup>

Anteriormente, as regras que regiam o setor de assistência à saúde demonstravam-se um tanto quanto abstratas e, além disso, caracterizavam-se como relações contratuais comuns, sem levar em consideração as especificidades atinentes ao setor. A norma desenvolveu-se a fim de proporcionar maior homogeneidade às relações, defendendo o consumidor de possíveis arbitrariedades por parte dos planos de saúde, como, por exemplo, em relação à questão da vedação da exclusão de cobertura à Doença e Lesão Preexistente (“DLP”), respeitado o

<sup>54</sup> AUTONOMIA Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. **Centro de Estudos Em Regulação e Infraestrutura- Fundação Gestúlio Vargas**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

<sup>56</sup> BRASIL. **Decreto 3.327, de 05 de Janeiro de 2000**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>57</sup> ANS. **RDC - Resolução de Diretoria Colegiada 593/00, de 05 de Janeiro de 2000**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>58</sup> BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

período de carência de vinte e quatro meses, e à impossibilidade de impedimento de participação em planos de saúde em função de idade ou deficiência.<sup>59</sup>

Além disso, a supracitada Agência buscou não só equiparar a relação “consumidor x plano de saúde”, como também visou proporcionar maior segurança aos beneficiários, estabelecendo parâmetros de atuação no mercado brasileiro. Entretanto, não é correto concluir que à ANS cabe apenas tutelar os direitos dos consumidores,<sup>60</sup> de maneira que, através de normas de entrada, saída e atuação no mercado, foram criados requisitos a fim de que fosse garantida também a saúde financeira das operadoras de plano de saúde, com espeque, por exemplo, no princípio da continuidade da empresa, o que vem a caracterizar, na verdade, a prevalência do interesse público no desenvolvimento das mais diversas atribuições sob a responsabilidade da ANS.<sup>61</sup>

A Agência conta atualmente, na sua estrutura direta, com cinco diretorias, além da secretaria da presidência, seu respectivo gabinete, e com um órgão colegiado diretor, que têm como membros os diretores de cada uma das cinco diretorias.<sup>62</sup>

Além destes, possui seis órgãos vinculados, sendo estes não integrantes da estrutura hierárquica propriamente dita da ANS, mas sim da estrutura organizacional, dentre eles: a Corregedoria; a Comissão de ética e; a Procuradoria Federal junto à ANS.<sup>63</sup>

### 1.3 ATRIBUIÇÕES

É possível destacar dois tipos de Agências Reguladoras no direito brasileiro, quais sejam: (i) aquelas que exercem a regulação por meio de típico poder de polícia, vinculado à

<sup>59</sup> NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **A importância da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, no âmbito da saúde suplementar no Brasil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3040](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3040)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

<sup>60</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 290.

<sup>61</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras “e a evolução do direito administrativo e econômico”**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 290.

<sup>62</sup> ORGANOGAMA – Estrutura e Atribuições na Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/organograma>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

<sup>63</sup> ORGANOGAMA – Estrutura e Atribuições na Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/organograma>>. Acesso em: 18 mai. 2018.



Administração e delegado à Autarquia, como é o caso da ANS; e (ii) aquelas que regulam atividades que venham a ser objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, transportes, dentre outros).<sup>64</sup>

Como não poderia ser diferente, as atribuições alteram-se de acordo com o tipo de Agência. Aquelas que têm como objeto apenas a expressão do poder de polícia Estatal, se responsabilizam pelas atribuições atinentes a esse poder no respectivo setor, seja criando normas pelo processo de delegificação da atividade, fiscalizando o cumprimento das normas ou aplicando as sanções cabíveis, quando necessário.

Por outro lado, com relação às Agências Reguladoras sob concessão, permissão e autorização de algum serviço público, o Estado restringe suas atuações pelas funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contrato ou nessas hipóteses de delegação.

### 1.3.1 A ANS e as Suas Atribuições

Como já exposto anteriormente, à ANS compete a regulação das operadoras de plano de saúde no âmbito privado, de acordo com o disposto nas leis nº 9.956, de 27 de abril de 1998<sup>65</sup> e 9.961, de 28 de janeiro de 2000.<sup>66</sup>

Alexandre Santos de Aragão entende que à ANS é conferida ampla capacidade normativa no setor que regula, incumbindo-a, inclusive, de versar sobre as relações contratuais entre consumidores e operadoras.<sup>67</sup>

Além disso, menciona as atribuições da supracitada entidade regulatória no que tange ao poder de polícia conferido a ela, discorrendo que compete à mesma autorizar o registro e o funcionamento das empresas de planos privados de assistência à saúde, exercendo ampla e permanente normatização e fiscalização sobre os mais diversos aspectos de suas atividades,

<sup>64</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 576 e 577.

<sup>65</sup> BRASIL. **Lei nº 9.956, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2018.

<sup>66</sup> BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

<sup>67</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 289 e 290.

estabelecendo, até mesmo, as condições gerais para o exercício de cargos de direção destas empresas.<sup>68</sup>

Estas são, em suma, as atribuições da ANS, importando ressaltar, no entanto, que a mencionada amplitude normativa é tema controverso no Direito, ainda que a capacidade normativa seja baseada na especialidade das Agências Reguladoras e tenha seu fundamento de validade nas normas instituidoras das mesmas.

Isso porque há necessidade de que sejam respeitados os chamados *standards*, sendo elevada a dificuldade em delimitar os regulamentos proferidos pelas Agências, o que será discutido no capítulo a seguir ao versar sobre o processo de deslegalização, que se confunde com o próprio desenvolvimento das entidades regulatórias no Brasil.

---

<sup>68</sup> “De fato, compete à agência autorizar o registro e o funcionamento das empresas de planos privados de assistência a saúde (art. 4º, XX e XXII, Lei nº 9.961/00, e arts. 8º e 19. Lei 9.656/98), exercendo ampla e permanente normatização e fiscalização sobre os mais diversos aspectos de suas atividades, estabelecendo, até mesmo, as condições gerais para o exercício de cargos de Direção destas empresas (art. 4º, II a VII, IX, XVIII a XXIII a XXXI e § 2º. Lei 9.961/00).” ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 289 e 290.

## 2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

### 2.1 DESLEGALIZAÇÃO

Em respeito ao princípio da Separação dos Poderes, dentro do modelo tripartido, são atribuídas funções e prerrogativas precípua que, excepcionalmente, poderão ser desempenhadas por outro poder (e limitadas, validando o chamado “sistema de freios e contrapesos”), sistematizando as atribuições, a fim de oferecer maior harmonia entre os poderes.<sup>69</sup>

É dentro dessa ideia que se perfaz a atuação legislativa, que é, em sua maioria, desempenhada pelo poder legislativo, mas que conta com a atuação residual dos outros poderes.

Nesta toada, destacam-se os atos normativos proferidos pelas Agências Reguladoras no Brasil, que geram amplos debates, principalmente relacionados ao objeto destes e ao grau de abstração destinado aos mesmos no que tange à possibilidade ou não de inovação no mundo jurídico.

Também conhecida como delegificação, ou degradação da hierarquia normativa, esse fenômeno concede às Agências Reguladoras poder normativo técnico, tendo como objetivo despolitizar os respectivos setores através desta normatização diferida, possibilitando o enfrentamento através de atos infralegais de matéria que, em tese, só poderia ser regulada por lei.

Essa normatização diferida tem por base a sua transferência da lei (*domaine de la loi*) para os atos regulamentares proferidos pelas Agências (*domaine de l'ordonnance*) e tem como objetivo acompanhar a velocidade de desenvolvimento e criação dos meios de produção.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores 2008. p. 109-110.

<sup>70</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte: Fórum. Não paginado.

Ocorre que há uma relevante divergência sobre a limitação do objeto destes atos normativos, relacionada à constitucionalidade da amplitude e do fundamento desse poder normativo concedido às Agências Reguladoras.<sup>71</sup>

A primeira corrente, a qual sustentam Celso Antônio Bandeira de Mello e Gustavo Binenbojm, entende pela inconstitucionalidade do poder normativo amplo, defendendo que este representaria uma afronta aos princípios da separação dos poderes e da legalidade se fosse concedido às Agências Reguladoras.<sup>72</sup>

Tendo em vista que se configuram como atos normativos de natureza técnica, caracterizam-se como infralegais e restringem-se à organização e funcionamento interno das entidades regulatórias, sendo, portanto, vedada a criação de direitos ou obrigações através destes, caso sejam fundamentados em delegação legislativa inominada.<sup>73</sup>

Por outro lado, os adeptos da segunda corrente, dentre eles José dos Santos Carvalho Filho e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entendem pela constitucionalidade do poder normativo técnico ampliado concedido aos supracitados órgãos de regulação, casos estes respeitem a forma, os *standards*, na edição dos atos normativos, como expressão do fenômeno da deslegalização.<sup>74</sup>

Por fim, os sectários desse entendimento reforçam que tais normas não seriam autônomas, fruto de delegação legislativa inominada, uma vez que são editadas com fundamento nas normas instituidoras, retirando destas, portanto, a sua validade. Acrescentam, ainda, que esta norma estabelecerá os parâmetros a serem observados pelo regulador ao passo em que forem editados os regulamentos.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 106.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 106.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 106.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 107.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 107.

Verifica-se neste ponto que a celeuma da identificação dessa capacidade se dá mais em função do âmbito de abrangência concedido pelas leis instituidoras do que pela própria edição dos atos regulatórios, tendo em vista que a doutrina parece convergir no que tange à impossibilidade de criação de direitos e obrigações provenientes do mesmo e que não tenha fundamento na norma que serviu de fundamento de validade.

### 2.1.1 *Legitimidade dos Atos Regulatórios e Administração Dialógica*

Um fator de extrema relevância para a legitimação dos atos regulatórios, uma vez que ainda se configura como uma zona cinzenta as questões atinentes à limitação na deslegalização, é o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a participação popular, em respeito ao princípio da proteção da confiança, como consultas e audiências públicas.<sup>76</sup>

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a descentralização administrativa resultou na criação de órgãos reguladores integrantes da Administração Indireta, retirando, como já fora mencionado, o poder decisório da Administração central em matérias afeitas aos setores regulados.

Se por um lado essa mudança teria ocasionado menor engessamento operacional aos setores regulados, também é possível concluir que a transferência desse poder decisório a dirigentes, detendo grande poder de influência pela importância das suas decisões, viria a significar uma supressão da participação popular, ao passo que determinadas decisões proferidas pelos dirigentes, que antes seriam proferidas por representantes devidamente eleitos, viriam a interferir diretamente na vida da população.<sup>77</sup>

É nesse aspecto que se concentra uma das principais críticas ao modelo regulatório nos EUA, se espraiando também no chamado *accountability*,<sup>78,79</sup> tendo em vista que a delegação

<sup>76</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade** / Paulo Todescan Lessa Mattos. 2. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – (coleção capitalismo & democracia) p. 32-33.

<sup>77</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Gen, 2017, p. 31

<sup>78</sup> “Accountability” pode ser compreendido, não doutrina brasileira, como responsabilização da Administração Pública ou capacidade para ser responsabilizada. ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcus Vinicius. **Gênese e Indefinições da Accountability nas Agências Reguladoras Brasileiras: os Casos da Anatel e da ANS**. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gpg-2903.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

<sup>79</sup> Entretanto, a conceituação desse termo é ampla e pode diferir-se dependendo do contexto, restando mais adequado, neste texto, a ideia de “controle democrático” para referir-se a accountability. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Gen, 2017, p. 32.

da capacidade decisória (que, no caso das Agências Reguladoras, se confunde com a própria capacidade normativa), aliada a uma possível imunidade conferida aos dirigentes, lhes concedia demasiado poder sem que pudesse ser imputada qualquer responsabilização eleitoral a estes, por exemplo.<sup>80</sup>

Levando em consideração que o Novo Estado Regulador brasileiro se deu de maneira a se desenvolver sob a égide da nova ordem constitucional, é possível concluir que, já nos seus primeiros anos, houve uma busca maior que no mesmo período, se comparado aos exemplos Europeu e Americano, por uma democracia mais participativa.<sup>81</sup>

Sendo essa não só uma característica da Administração no Brasil, ou da Constituição Federal, mas sim do Neoconstitucionalismo em um todo, que tem em sua essência a promoção e o desenvolvimento de ações probas e que representem não só a vontade da maioria, como também o respeito as minorias e a sua representatividade.

Deste modo, as Agências Reguladoras no Brasil, em respeito aos princípios da consensualidade e da participação,<sup>82</sup> enfrentaram a questão da representatividade de maneira positiva, estabelecendo, em alguns exemplos, meios para a participação popular, relativizando os efeitos dessa falta de reconhecimento da legitimidade no poder decisório com vistas a auferir maior confiança à atuação das entidades regulatórias.<sup>83</sup>

Ainda que não seja efetivamente realizado pela maior parte destes órgãos, esse é um bom indicativo para um futuro próximo, principalmente se considerado o Projeto de Lei nº 6.621/16,<sup>84</sup> que tem como um dos seus objetivos a multiplicação dessas iniciativas.

## 2.2 NATUREZA E HIERARQUIA DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<sup>80</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Gen, 2017, p. 33.

<sup>81</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Gen, 2017, p. 33.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 50-51.

<sup>83</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade** / Paulo Todescan Lessa Mattos. 2. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – (coleção capitalismo & democracia) p. 32/33.

<sup>84</sup> CAMARA. **Projeto de Lei nº 6.621**, de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

Objeto de intensa controvérsia doutrinária, as atribuições das Agências Reguladoras se relacionam com as funções da tradicional divisão tripartite dos Poderes da Administração.<sup>85</sup>

No entanto, essa seria uma característica inerente a toda Administração, uma vez que o princípio da separação dos poderes não é absoluto, pelo que entende como ilógico imaginar que um poder só venha a desempenhar, restritivamente, uma função.

Entretanto, apesar de não se configurar como uma especificidade das Agências Reguladoras, a relevância da independência dessas atribuições em relação à Administração central e aos demais poderes é um dos diferenciais destas.

Quanto à capacidade normativa, Alexandre Santos de Aragão, com esboço na Teoria dos Poderes Implícitos, entende pela possibilidade de edição de regulamentos autônomos por parte das Agências Reguladoras e, por conseguinte, a ampla capacidade normativa, com fito de atender o conceito, a finalidade e os parâmetros abstratos contidos na lei.<sup>86</sup>

Por outro lado, Marçal Justen Filho afirma a possibilidade de edição, por parte das Agências Reguladoras, de regulamentos que possibilitem a execução das suas atividades.<sup>87</sup>

Acrescenta ainda que seria inócuo restringir, no caso da edição de regulamentos, as atribuições ao Presidente da República, tendo em vista que se denotaria impossível que o mesmo editasse todos os regulamentos administrativos e, ainda que o fizesse, sequer possuiria capacidade para atender as demandas do mercado.<sup>88</sup>

De outro modo, Maria Sylvia Di Pietro surge como correligionária de um entendimento que concede às Agências capacidade restrita, uma vez que defende a impossibilidade de validação constitucional dos regulamentos autônomos e, desta forma, a impossibilidade de que as Agências Reguladoras inovem juridicamente.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 404 e 405.

<sup>86</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 417.

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. Ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 642-643.

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. Ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 642-643.

<sup>89</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 579.

Além disso, reputa pela inconstitucionalidade da regulamentação de leis por parte dos órgãos de regulação, aduzindo que esta seria uma competência privativa do Chefe do Poder Executivo.<sup>90</sup>

Muito embora já tenha sido relatada a dificuldade para compreender esse poder normativo, afige-se uma ferramenta importante para tal, que é diferenciá-lo quanto a sua natureza, que advém da própria natureza do serviço regulado pela Autarquia em questão.

Como já fora demonstrado anteriormente, as Agências Reguladoras dividem-se de acordo com as suas atribuições. Alexandre Santos de Aragão divide-as em: Agências Reguladoras de serviços públicos; Agências Reguladoras de exploração de monopólios; e Agências Reguladoras de atividades privadas de interesse público.<sup>91</sup>

As Agências que têm como atividade precípua a atuação em serviços públicos são maioria no direito regulatório brasileiro, tendo sido, inclusive, as primeiras a serem instituídas, ao passo que estes serviços foram relegados através de concessão ou permissão à iniciativa privada,<sup>92</sup> tendo como exemplo a ANATEL, ANEEL e a ANP.<sup>93</sup>

Denota-se nesse tipo de Agência uma produção normativa intensa, que tem seu fundamento na perspectiva de um mercado que não teria as garantias concorrenciais suficientes para que o seu equilíbrio fosse fomentado pela autorregulação econômica, muito em razão do reduzido número de sujeitos regulados.<sup>94</sup>

Em segundo lugar estão as entidades regulatórias que têm como objeto a exploração privada de bens e atividades monopolizadas. Tendo como objeto bens ou atividades econômicas e não se utilizando, no entanto, do dirigismo contratual.<sup>95</sup> Entretanto, com o

<sup>90</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 580.

<sup>91</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 417.

<sup>92</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 417

<sup>93</sup> AGÊNCIAS reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos. Governo do Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

<sup>94</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 418.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 5 jun. 2018.



decorrer do contrato poderá o Estado buscar a adequação da relação contratual, a fim de buscar o equilíbrio deste em consonância com o contexto socioeconômico, respeitados os limites impostos pelo arcabouço normativo pertinente a atividade regulada.<sup>96</sup>

Importa salientar que, apesar de se tratar de uma relação contratual, na qual o Estado concede ao ente privado a prerrogativa de atuar em objeto eminentemente estatal, este se encontra em verdadeira subserviência em relação ao Estado, tendo a Administração clara superioridade nessa relação, podendo lançar mão do seu *ius variandi* a fim concretizá-la, sendo, no entanto, a atuação normativa do órgão mera expressão do poder regulamentar concedido.

Por fim, restam as atividades privadas de interesse público, que detém a maior limitação Legislativa quanto ao poder regulamentar das Agências, de modo que as normas a serem expedidas devem se limitar a atender os interesses primários da regulação, sem adentrar em aspectos que sejam eminentemente privados, ainda que detenham forte interesse público.<sup>97</sup>

Depreendem-se como exemplos desse tipo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“ANVISA”) e a ANS, importando ressaltar que a doutrina sempre encontrou dificuldades para alocar esta nessa divisão tradicional, tendo em vista a alta relevância do setor que esta regula.

No site do Governo Federal, por exemplo, faz-se menção específica à ANS como serviço público,<sup>98</sup> indo de encontro com a doutrina majoritária ao pecar pela falta de técnica. Alexandre Santos de Aragão destina ao objeto desse tipo de Agência a nomenclatura de Serviço Público Compartido, devido à já mencionada relevância no âmbito público, apesar do objeto de atribuição privada do setor.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78.

<sup>97</sup> Alexandre Santos de Aragão exemplifica essa limitação imposta ao Estado pelo caso da ANVISA, que pode e deve editar normas atinentes a circulação dos medicamentos, mas não deve, por exemplo, imprimir ao empresário a obrigação de se utilizar de matéria-prima doméstica, como incentivo para a indústria nacional, em função deste ser um interesse secundário. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 417.

<sup>98</sup> AGÊNCIAS reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos. **Governo do Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

<sup>99</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 417

Desta forma, resta evidente a impossibilidade de destinar a estes órgãos o mero status de Agências de Serviços Públicos, uma vez que, não obstante a importância do setor regulado, tanto a figura dos sujeitos, quanto a relação com o mercado, caracterizam o setor como privado em sua essência.

Por fim, há quem qualifique esse poder normativo baseando-se, por exemplo, no modo em que foram instituídas as entidades regulatórias. Na perspectiva dos que defendem essa diferenciação, a norma instituidora vincula-se ao grau hierárquico da norma que serviu de fundamento de validade para aquela, definindo, portanto, a abrangência e o grau hierárquico dos atos normativos proferidos por cada uma das entidades regulatórias, sendo correligionária desse entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>100</sup>

Por conseguinte, o entendimento fortalece a premissa de que a aludida abrangência seria resultado direto do fortalecimento da previsão e, deste modo, não deveria se submeter a uma capacidade tão rígida quanto as demais Agências.<sup>101</sup>

Por outro lado, Marçal Justen Filho vai de encontro justamente com a aludida hipótese ao discorrer, na sua já mencionada obra, sobre a legitimidade da descentralização da capacidade normativa do Presidente da República, constante no artigo 84 da Constituição,<sup>102</sup>

<sup>100</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 581

<sup>101</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 581.

<sup>102</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do

devendo ser, portanto, a capacidade normativa das Agências Reguladoras exercida nos limites impostos ao chefe do executivo, em questões afeitas ao seu setor, sem mencionar, no entanto, qualquer diferença de tratamento às Agências que não tenham sido previstas pela Constituição Federal.

Esse debate decorre, principalmente, do fato de apenas duas agências reguladoras terem sido previstas pela Constituição Federal, o que fortalece essa celeuma sobre a amplitude do poder normativo abstrato destas em detrimento das outras, em função da aludida previsão.<sup>103</sup> Entretanto, partindo-se de uma análise pormenorizada dos autores que discorrem acerca do assunto, esse posicionamento parece ser minoritário, uma vez que não ganha corpo na maioria das obras pesquisadas e aqui apresentadas.

### 2.3 A MULTIPLICIDADE DAS NORMAS INSTITUIDORAS E A SUA PROBLEMÁTICA

Resta claro que o cenário, quanto às maneiras de se delimitar o poder normativo das Agências Reguladoras, é controverso. Contudo, ainda que tenham sido criadas diversas

---

banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

teorias para explicar a abrangência desse poder, não se via no Brasil qualquer movimentação a fim de amenizar essa celeuma.

De acordo com o já mencionado mandamento constitucional, constante no artigo 37, inciso XIX,<sup>104</sup> e que se refere à instituição das autarquias, os órgãos de regulação vêm sendo criados por leis esparsas.

Essa lógica se dá de maneira a efetivar, no caso das Agências Reguladoras, uma característica essencial a estas que é a autonomia, a fim de que o diploma que a institua sirva de supedâneo para a sua complexa atuação. Entretanto, levando-se em conta essa sistemática, não seria difícil imaginar que esse alto grau de abstração concedido ao legislador poderia gerar incongruências práticas nos diplomas regulatórios.

Em Portugal, por exemplo, o desenho institucional das Agências era um tema caótico, uma vez que algumas entidades regulatórias compunham a Administração Direta, outras a Administração Indireta e, além dessas, era possível constatar que algumas que se encontravam em um limbo híbrido de alocação institucional.<sup>105</sup> A fim de resolver essa questão, dentre outras, foi criada uma “lei quadro”, que tem como objetivo efetivar parâmetros comuns na instituição e atuação de todas Agências, além de outros objetivos como desenvolver ferramentas que poderiam adequar as entidades regulatórias ao contexto econômico.<sup>106</sup>

Importa ressaltar que foram identificadas consideráveis conquistas no modelo regulatório português através da instituição e aplicação da lei quadro, destacando, entre outras, a clarificação das competências e o fomento do *accountability* dos órgãos de regulação.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>105</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **A Lei Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência**. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8108/A%20Lei-Quadro%20das%20Entidades%20Reguladoras.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>106</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **A Lei Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência**. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8108/A%20Lei-Quadro%20das%20Entidades%20Reguladoras.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>107</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **A Lei Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência**. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8108/A%20Lei-Quadro>>.

Estados Unidos e Espanha são outros exemplos de países que desenvolveram parâmetros padronizados de atuação em seus modelos regulatórios, e que detiveram determinado sucesso, sem engessar, no entanto, a atuação das suas autarquias.<sup>108</sup>

No Brasil o debate vem tomando contornos fáticos, sendo objeto, inclusive, do Projeto de Lei nº 6.621, de 2016<sup>109</sup>, que tramita atualmente no Senado Federal. O aludido projeto tem o objetivo de aumentar a autonomia das Agências Reguladoras, pretendendo fazê-lo através de ações coordenadas<sup>110</sup> para o alcance deste objetivo.<sup>111</sup>

É inegável que há a necessidade de que sejam desenvolvidos meios de controle mais eficientes, sendo a perspectiva de um arcabouço jurídico geral, porém próprio, indício positivo para o desenvolvimento de um modelo regulador menos abstrato.

Entretanto, não se deve olvidar que a função precípua do desenvolvimento do Estado Regulador sempre foi oferecer maior dinamismo à economia ao desburocratizar as relações, de modo que é necessário que se mantenha a cautela e que se defina a maneira a qual essa norma vai interferir no desenvolvimento econômico, oferecendo sobre essa a análise dos efeitos da normatização.

---

%20das%20Entidades%20Reguladoras.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>108</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. **A Lei Quadro das Entidades Reguladoras e o seus Estatuto de Independência**. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8108/A%20Lei-Quadro%20das%20Entidades%20Reguladoras.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>109</sup> CAMARA. **Projeto de Lei nº 6.621, de 2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 10 de mai. 2018.

<sup>110</sup> Em entrevista concedida no dia 11 de julho de 2017, Marcelo dos Guaranys, então subchefe de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil, relatou algumas medidas constantes no projeto: “o projeto visa garantir mais autonomia para as agências; melhorar sua capacidade decisória; aprimorar a escolha dos dirigentes; aumentar a robustez técnica das decisões – por exemplo, com a exigência da análise de impacto regulatório das regras; e aprimorar a transparência e o controle social.” AGENCIA CAMARA. **Governo defende aprovação de lei geral das agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/537790-GOVERNO-DEFENDE-APROVACAO-DE-LEI-GERAL-DAS-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 11 de mai. 2018.

<sup>111</sup> AGENCIA CAMARA. **Governo defende aprovação de lei geral das agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/537790-GOVERNO-DEFENDE-APROVACAO-DE-LEI-GERAL-DAS-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

### 3 DA CAPACIDADE NORMATIVA DA ANS E DOS LIMITES NA EDIÇÃO DE REGULAMENTOS – A DISCUSSÃO DA ADI 5756

#### 3.1 DA LEI INSTITUIDORA DA ANS E DA LEI 9.656/98

Dentro dessa ideia de autonomia e efetivo desenvolvimento das atribuições atinentes ao setor ao qual regula, a ANS foi instituída através da já mencionada lei 9.961/2000 que, também munida da lei 9.656 de 1998, reconhecida como o marco regulatório da saúde suplementar, dita as regras em relação a tudo que se refere à saúde suplementar brasileira.

Criada na vigência do governo de Fernando Henrique Cardoso, de maneira vinculada ao Ministério da Saúde, a ANS teve sede e foro definidos na cidade do Rio de Janeiro, detendo como objetivos precípuos da sua atuação a defesa ao interesse público, tanto na relação entre operadoras e consumidores, como relações entre as operadoras e, além disso, no desenvolvimento das ações de saúde no Brasil.<sup>112</sup>

As retromencionadas normas retiram seus fundamentos de validade da Constituição, de maneira indireta, tendo como base os mesmos elementos relacionados ao direito público à saúde. No artigo 196 da Constituição, por exemplo, há a previsão da universalidade da saúde e a imperiosa necessidade de atuação do Estado.<sup>113</sup>

Como já fora dito, esse dever da Administração se revela através do manejo direto e, no caso específico de alguns setores em que foram instituídos órgãos regulatórios, por meio da atuação das Agências Reguladoras independentes. No caso da saúde suplementar, a ANS exerce esse controle sobre a saúde das instituições que atuam no setor e promove a equiparação negocial entre as partes.

---

<sup>112</sup> CAETANO, João Carlos; DO PRADO Martha Lenise; PIETROBON, Louise. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor**. Physis vol.18 no.4 Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312008000400009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000400009)>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<sup>113</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

Entretanto, apenas na década de 1960 a realidade econômica que veio a exteriorizar a necessidade dessa regulação veio à tona, porque, apesar de já existir o atendimento médico-hospitalar privado, apenas nessa época, com o desenvolvimento de novas tecnologias e o encarecimento dos atendimentos, foram criados os primeiros planos de saúde.<sup>114</sup>

O advento dos planos de saúde não havia significado uma ruptura em prol de um modelo profissionalizado, mas sim uma maneira de complementar o trabalho dos próprios profissionais da saúde, uma vez que poderiam dispor de um local específico para atender e promover todo o acompanhamento necessário ao paciente. Como se poderia imaginar, a adoção cresceu exponencialmente nos anos que se seguiram, multiplicando-se, proporcionalmente, o número de hospitais e, concomitantemente, o de planos de saúde.<sup>115</sup>

Desta forma, tornou-se indispensável a regulação desse setor no Brasil, dada a quantidade de segurados vinculados aos mais diversos planos de saúde e a heterogeneidade dos sujeitos do setor que há mais de 30 anos agiam de acordo com os seus interesses.<sup>116</sup>

Conquanto, apesar das diversas conquistas que prontamente puderam ser identificadas, diversas críticas também foram imputadas à ANS e, conseqüentemente, à lei que a instituiu.

Inicialmente, um dos pontos mais controversos foi a inespecificidade de regulação da supracitada Agência, em se tratando de planos coletivos,<sup>117</sup> chegando a se pensar à época que essa limitação poderia gerar, inclusive, o esvaziamento da importância da própria ANS, dada a quantidade de planos firmados nessa modalidade, o que geraria, com o decorrer do tempo, uma espécie de dessuetudo<sup>118</sup> institucional.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> PINHO, Cláudio A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar: Dez anos depois do marco Regulatório – avanços e desacertos**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 345-347.

<sup>115</sup> PINHO, Cláudio A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar: Dez anos depois do marco Regulatório – avanços e desacertos**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 345-347.

<sup>116</sup> PINHO, Cláudio A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar: Dez anos depois do marco Regulatório – avanços e desacertos**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Direito econômico: evolução e institutos*. Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 345-347.

<sup>117</sup> ALMEIDA, Cássia; CASEMIRO, Luciana. **Lei dos Planos de Saúde: 20 anos de críticas e conquistas**. Extra. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/lei-dos-planos-de-saude-20-anos-de-criticas-conquistas-22743668.html>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

Outro tema que ganhou grande repercussão foi a questão do investimento estrangeiro no setor, tendo em vista que o mercado de saúde suplementar brasileiro, eminentemente privado, se demonstrava atrasado em relação aos demais, sobretudo no que tange ao investimento em pesquisa e desenvolvimento.

Entretanto, somente em 2015, através da conversão parcial da MP 656/2014 que veio a alterar a Lei Federal 8.080/90,<sup>120</sup> houve a supracitada abertura de capital, possibilitando não só a entrada do capital estrangeiro, como também a possibilidade de que investidores de outros países pudessem controlar pessoas jurídicas voltadas à saúde no Brasil.

Ainda assim, muito se questiona sobre essa alteração, tendo em vista que a mesma se deu recentemente e, no entendimento de parte da doutrina, a exclusão da vedação e, conseqüentemente, o maior poderio econômico de determinados grupos, possibilitaria a criação de oligopólios no mercado.<sup>121</sup>

Em contrapartida, a temática da limitação normativa se destaca nessa toada não só por debates que se atenham ao diploma da lei instituidora, mas majoritariamente pela intensa produção normativa ocasionada pela capacidade regulamentar concedida às Agências.

Isso se dá em função da própria natureza destas, uma vez que, em que pese serem instituídas por normas que visem abranger as características da sua complexa atuação, as entidades regulatórias, a fim de alcançar a finalidade a qual foram criadas, necessitam exercer a capacidade regulamentar sob a tênue diferença entre fazê-lo ou inovar juridicamente.

---

<sup>118</sup> Diz respeito a sua inutilização, perda da função e pode ser equiparado a desuso no latim. No aspecto jurídico há o termo “dessuetudo” que faz referência a perda da validade da norma, ao passo que, não obstante seja afirmada a sua existência, inexistente é o sucesso no que tange a efetividade da sua aplicação. Frise-se que não há no direito brasileiro a possibilidade de extinção da norma pelo instituto do dessuetudo. FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Dos métodos de integração normativa e a superação parcial do art. 4º da LINDB.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14513](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14513)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>119</sup> MEDIDA que permite investimentos estrangeiros nos serviços de saúde causa controvérsia. **Veja.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/medida-que-permite-investimentos-estrangeiros-nos-servicos-de-saude-causa-controversia/>>. Acesso em 8 jun. 2018.

<sup>120</sup> NETO, Eduardo Hayden Carvalhaes. **Lei Federal autoriza capital estrangeiro no setor de assistência à saúde.** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215558,41046-Lei+Federal+autoriza+capital+estrangeiro+no+setor+de+assistencia+a>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>121</sup> NETO, Eduardo Hayden Carvalhaes. **Lei Federal autoriza capital estrangeiro no setor de assistência à saúde.** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215558,41046-Lei+Federal+autoriza+capital+estrangeiro+no+setor+de+assistencia+a>>. Acesso em: 8 jun. 2018.



Nesse contexto, multiplicam-se os casos em que há controvérsia sobre o papel da ANS nesse sentido, nos quais, em âmbito judicial, foi questionada a sua capacidade normativa.

Explicita-se, por exemplo, nessa celeuma da limitação, o caso da Resolução 24/2000, que previa a aplicação de infrações contidas na lei 9.656/98, aduzido nos autos da Ação Anulatória 35009-14.2012.4.01.3508, que tramitou na Vara Única da Subseção Judiciária de Itumbiara/GO, e que versava sobre a aplicação de multa sob negativa de realização de procedimento cirúrgico.<sup>122</sup>

Ocorre que a ação, demandada por uma operadora de plano de saúde, buscou questionar se a edição da aludida Resolução não excederia o poder regulamentar da ANS.<sup>123</sup>

A Advocacia Geral da União (“AGU”) contestou a demanda e argumentou de maneira a considerar como justa a aplicação da referida multa, alegando se tratar apenas de mero cumprimento das atribuições da Agência, que buscou definir os critérios para aplicação das multas, não se tratando, portanto, de inovação, pelo fato da previsão destas ser pretérita à regulamentação, ou seja, anteriormente constatada no arcabouço jurídico regulatório.<sup>124</sup>

Por fim, o juízo competente acolheu os argumentos apresentados pela AGU e julgou improcedente o pleito realizado pela operadora de plano de saúde, defendendo que haveria a previsão para a aplicação da multa na própria lei 9.656/98, não estando a autarquia, portanto, tipificando infrações.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> PROCURADORES garantem validade de multa atribuída a operadora de plano de saúde que não realizou procedimento cirúrgico. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticia\\_25968647\\_PROCURADORES\\_GARANTEM\\_VALIDADE\\_DE\\_MULTA\\_AT\\_RIBUIDA\\_A\\_OPERADORA\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE\\_QUE\\_](http://www.lex.com.br/noticia_25968647_PROCURADORES_GARANTEM_VALIDADE_DE_MULTA_AT_RIBUIDA_A_OPERADORA_DE_PLANO_DE_SAUDE_QUE_)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>123</sup> PROCURADORES garantem validade de multa atribuída a operadora de plano de saúde que não realizou procedimento cirúrgico. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticia\\_25968647\\_PROCURADORES\\_GARANTEM\\_VALIDADE\\_DE\\_MULTA\\_AT\\_RIBUIDA\\_A\\_OPERADORA\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE\\_QUE\\_](http://www.lex.com.br/noticia_25968647_PROCURADORES_GARANTEM_VALIDADE_DE_MULTA_AT_RIBUIDA_A_OPERADORA_DE_PLANO_DE_SAUDE_QUE_)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>124</sup> PROCURADORES garantem validade de multa atribuída a operadora de plano de saúde que não realizou procedimento cirúrgico. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticia\\_25968647\\_PROCURADORES\\_GARANTEM\\_VALIDADE\\_DE\\_MULTA\\_AT\\_RIBUIDA\\_A\\_OPERADORA\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE\\_QUE\\_](http://www.lex.com.br/noticia_25968647_PROCURADORES_GARANTEM_VALIDADE_DE_MULTA_AT_RIBUIDA_A_OPERADORA_DE_PLANO_DE_SAUDE_QUE_)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>125</sup> PROCURADORES garantem validade de multa atribuída a operadora de plano de saúde que não realizou procedimento cirúrgico. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticia\\_25968647\\_PROCURADORES\\_GARANTEM\\_VALIDADE\\_DE\\_MULTA\\_AT\\_RIBUIDA\\_A\\_OPERADORA\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE\\_QUE\\_](http://www.lex.com.br/noticia_25968647_PROCURADORES_GARANTEM_VALIDADE_DE_MULTA_AT_RIBUIDA_A_OPERADORA_DE_PLANO_DE_SAUDE_QUE_)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

Outro caso que obteve grande repercussão, e se confunde com o próprio desenvolvimento da saúde suplementar no Brasil, é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931/DF,<sup>126</sup> que tinha como objeto declarar a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei nº 9.656/98.

A aludida ação teve como principal resultado a determinação de irretroatividade, fazendo com que os contratos firmados preteritamente ao marco regulador não pudessem ser regulados pela lei 9.656/98, tendo a decisão se fundamentado no inciso XXXVI, do artigo 5º da CF.<sup>127</sup>

### 3.2 A ADI 5756 E A FIGURA DAS ADMINISTRADORAS DE PLANO DE SAÚDE

Como fora demonstrado, são recorrentes os debates em torno da capacidade normativa das Agências Reguladoras, o que se repete no caso ora em debate, de acordo com a análise a seguir.

Em 14 de agosto de 2017, o Partido Social Liberal (PLS) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (“STF”), com pedido liminar *inaudita altera pars*, com o intuito de discutir a constitucionalidade das resoluções normativas da Agência Nacional de Saúde que instituem a figura das administradoras de benefícios<sup>128</sup> e proíbem as operadoras de planos de saúde de efetuarem cobrança direta aos beneficiários de planos coletivos.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931/DF**. Requerente: Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília: 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

<sup>127</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018

<sup>128</sup> A Administradora de Benefícios é uma pessoa jurídica, devidamente regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que atua como estipulante ou prestadora de serviço de empresas, órgãos públicos ou entidades representativas que desejam contratar um plano de saúde coletivo, auxiliando-os a proporcionar acesso à saúde a população a eles vinculada. Segundo dados disponibilizados pela ANS, referentes ao número de beneficiários informados pelas Operadoras de Planos de Saúde referentes a março de 2018, o total de 47,4 milhões de beneficiários do setor de planos de saúde, 31.700.382 milhões estão vinculados a planos de saúde coletivos empresariais e 6.413.040 milhões em planos de saúde coletivos por adesão, totalizando 38.113.422 milhões de beneficiários em planos de saúde coletivos. ANAB - Administradora de Benefícios. Disponível em: <<http://www.anab.com.br/index.php/administradora-de-beneficios>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

A legenda afirma, na inicial da ADI 5756,<sup>129</sup> que a ANS inovou ao criar a figura das administradoras de benefícios e deixou de exigir delas o cumprimento de obrigações impostas às demais operadoras de plano de saúde, além de não ter definidos limites para atuação dessas administradoras.

O PLS destaca também que as resoluções inviabilizam a contratação de planos coletivos sem a intermediação de tais administradoras, de modo a causar a concentração da atividade econômica nas grandes empresas do setor.

Diante disso, o PLS alegou que a criação das administradoras de benefícios violaria a livre iniciativa – uma vez que as normas criaram uma reserva de mercado para as estas –, além de violar o princípio da igualdade e do cooperativismo.

Com base nos supracitados argumentos, a legenda requereu a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos, na íntegra, do regramento contido nas Resoluções Normativas (RN) 195/2009,<sup>130</sup> 196/2009,<sup>131</sup> 205/2009<sup>132</sup> e 295/2012,<sup>133</sup> da Diretoria Colegiada

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5756**. Requerente: Partido Social Liberal. Intimado: Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 14 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5240397>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>130</sup> ANS. **Resolução Normativa – RN N° 195, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>131</sup> ANS. **Resolução Normativa – RN N° 196, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>132</sup> Art. 2º. O envio do SIP é obrigatório para todas as operadoras de planos de saúde com registro ativo na ANS. [...]

§ 2º Ficam dispensadas do envio previsto neste artigo as operadoras de planos de saúde classificadas como administradoras de benefícios.

ANS. **Resolução Normativa – RN N° 205, de 8 de outubro de 2009**. Estabelece novas normas para o envio de informações do Sistema de Informações de Produtos - SIP a partir do período de competência do 1º trimestre de 2010 e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTUyNg>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>133</sup> Art. 30. As operadoras registradas na ANS como administradoras de benefícios, nos termos da Resolução Normativa n° 196, de 14 de Julho de 2009, são dispensadas do cumprimento das normas estabelecidas nesta RN. ANS. **Resolução Normativa – RN N° 295, de 9 de maio de 2012**. Estabelece normas para a geração, transmissão e controle de dados cadastrais de beneficiários do Sistema de Informações de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar - SIB/ANS; dispõe sobre o formato XML (Extensible Markup Language) como padrão para a troca de informações entre as operadoras e o SIB/ANS; revoga a Resolução

da Agência Nacional de Saúde Suplementar, mais especificamente: (i) da contratação de planos privados de assistência à saúde na modalidade coletiva (RN 195/2009, artigos 5º,<sup>134</sup> 9º<sup>135</sup> e 14); (ii) da atuação de administradoras de benefícios na oferta desses planos (RN 196/2009); (iii) do envio de informações do Sistema de Informações de Produtor (SIP), responsável pelo acompanhamento da assistência de serviços prestada a beneficiários de planos de saúde (RN 205/2009, art. 2º, § 2º); e (iv) da transmissão e controle de dados cadastrais de beneficiários do Sistema de Informações de Beneficiários – SIS/ANS (RN

---

Normativa - RN nº 250, de 25 de março de 2011; e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2012. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjEwMA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>134</sup> Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

§1º O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente:

I - os sócios da pessoa jurídica contratante;

II - os administradores da pessoa jurídica contratante;

III - os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no caput dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;

IV – os agentes políticos;

V – os trabalhadores temporários;

VI – os estagiários e menores aprendizes; e

VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.

§2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência à saúde. **ANS. Resolução Normativa – RN Nº 195, de 14 de julho de 2009.** Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>135</sup> Art 9º. Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial:

I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações;

III – associações profissionais legalmente constituídas;

IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução;

VI - entidades previstas na Lei no 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei no 7.398, de 4 de novembro de 1985; e

§1º Poderá ainda aderir ao plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, desde que previsto contratualmente, o grupo familiar do beneficiário titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

§2º A adesão do grupo familiar a que se refere o §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano de assistência à saúde.

§3º Caberá à operadora exigir e comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput e a condição de elegibilidade do beneficiário.

§4º Na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 caberá tanto à Administradora de Benefícios quanto à Operadora de Plano de Assistência à Saúde comprovar a legitimidade da pessoa jurídica contratante, na forma do caput deste artigo, e a condição de elegibilidade do beneficiário.

**ANS. Resolução Normativa – RN Nº 195, de 14 de julho de 2009.** Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação

295/2012, art. 30). 9 e do artigo 30 da RN ANS 295/2012. Requereu-se, por fim, a declaração de inconstitucionalidade dos supracitados dispositivos.

Relator da ADI, o ministro Gilmar Mendes, proferiu decisão monocrática na qual requereu a adoção do rito abreviado (conforme estabelecido pelo artigo 12, da Lei 9.686, de 10 de novembro de 1999<sup>136</sup>) para a análise da ação, de modo que se passasse diretamente ao julgamento do mérito, sem análise prévia da medida cautelar. Em seguida, o relator solicitou que a ANS prestasse informações.

Posteriormente, a Associação Nacional das Administradoras de Benefícios (ANAB), entidade que congrega as principais empresas administradoras de benefícios do país, requereu ingresso na ação como *amicus curiae*<sup>137</sup>.

Após a apresentação do pedido de ingresso pela ANAB, a Agência Nacional de Saúde Suplementar apresentou parecer alegando, em síntese, que não houve inovação no ato de criação das administradoras, tendo em vista que essa figura já era prevista na Lei 9.656/98.<sup>138</sup>

Ao rebater o argumento do PLS de que haveria violação ao princípio da livre iniciativa, a ANS afirmou que não há nenhuma proibição de que as pessoas físicas ou jurídicas celebrem contratos diretamente com os planos de saúde, sem que haja mediação das administradoras de benefício.

---

para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>136</sup> Art. 14. A operadora contratada não poderá efetuar a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários (Redação dada pela RN nº 200, de 2009).

Parágrafo único. A regra prevista no caput não se aplica às hipóteses previstas nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998 e às operadoras na modalidade de autogestão. (Incluído pela RN nº 200, de 2009).

ANS. **Resolução Normativa – RN Nº 195, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>137</sup> FILGUEIRAS, Maria Luíza. Um partido e duas Unimeds na mira de uma investigação. Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/um-partido-e-duas-unimeds-na-mira-de-uma-investigacao/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>138</sup> Art. 1, §2º. Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001). BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

A Agência afirmou ainda que nenhuma pessoa, física ou jurídica, está impedida de celebrar contratos de planos de saúde ou ingressar em contratos coletivos, seja diretamente com as operadoras ou por meio das administradoras de benefícios, desde que sejam observados os requisitos objetivos definidos nas regulações da ANS, de modo que não há afronta ao princípio da igualdade.

Já com relação ao argumento de que a liberdade à concorrência e ao cooperativismo seria violada, a ANS aduziu que a presença das administradoras não impede de modo algum que os contratos de plano de saúde sejam celebrados diretamente com as operadoras, e tampouco que cooperativas celebrem qualquer tipo de contrato de plano de saúde sem a atuação das administradoras para tanto.

Após a manifestação da ANS, os autos foram remetidos à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria Geral da República (“PGR”), respectivamente, de modo que ambas se pronunciaram pelo não conhecimento ou, no caso de conhecimento, pelo não seguimento da ADI.

A AGU suscitou preliminares de inespecificidade do instrumento procuratório apresentado, a ausência de juntada de cópia dos atos normativos impugnados, bem como da natureza meramente regulamentar dos dispositivos impugnados, que sugerem tão somente ofensa reflexa à Constituição Federal, uma vez que o parâmetro imediato de controle não corresponde ao texto Constitucional. No mérito, manifestou-se pela improcedência do pedido, na linha das informações fornecidas pela ANS.

A PGR também se pronunciou pelo não conhecimento da ação, em razão da ausência das condições processuais para que houvesse seu conhecimento. Segundo a Procuradoria, já há entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se presta a Ação Direta de Inconstitucionalidade ao exame de norma de caráter secundário – como é o caso das resoluções impugnadas - que possa implicar, eventualmente, em ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, tendo em vista que encontram fundamento em norma infraconstitucional.

Atualmente, a ANAB, que aguarda decisão com relação ao seu pedido de ingresso na ação, prepara um pedido de investigação para que analise se haveria ocorrido no referido caso a denominada “compra de partido” por parte das operadoras, isto é, a hipótese na qual um partido se utiliza da sua prerrogativa, no caso, a legitimidade para a proposição de ações dessa natureza, para atender a interesses privados.<sup>139</sup> A associação alega, ainda, que existem documentos que comprovariam a influência direta do corpo executivo da Central Nacional Unimed e da Seguros Unimed na formulação da ADI.<sup>140</sup>

### 3.2.1 *A figura das Administradoras de Benefícios*

Centro da discussão levantada na ADI 5756, as Administradoras de Benefícios ou, também chamadas, administradoras de planos de saúde, foram criadas em 14 de julho de 2009, através da Resolução Normativa Nº 196, da ANS, e têm como objetivo (i) representar as operadoras de planos de saúde nos planos coletivos por adesão; e/ou (ii) funcionar como estipulante nos contratos dos planos coletivos por adesão.<sup>141</sup>

Desta forma, cabe às Administradoras estipular as condições do contrato coletivo a ser celebrado, assim como mediar o desenvolvimento desse contrato, desde a fase pré-contratual, até sua execução, negociando os índices e os períodos de reajustes.<sup>142</sup>

No momento da contratação, também é de responsabilidade das Administradoras prestar informações fidedignas ao consumidor, no que se refere às diferenças relacionadas aos planos individuais e coletivos.<sup>143</sup>

<sup>139</sup> FILGUEIRAS, Maria Luíza. Um partido e duas Unimeds na mira de uma investigação. Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/um-partido-e-duas-unimeds-na-mira-de-uma-investigacao/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>140</sup> FILGUEIRAS, Maria Luíza. Um partido e duas Unimeds na mira de uma investigação. Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/um-partido-e-duas-unimeds-na-mira-de-uma-investigacao/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

<sup>141</sup> MARCELOS, Bruno. **Natureza Jurídica da Atividade das Administradoras de Benefícios**. Disponível em: <<http://brunomarcelosadvocacia.com.br/natureza-juridica-da-atividade-das-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>142</sup> MONTU, Ricardo. **Os planos de saúde coletivos e as administradoras de benefícios**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36299/os-planos-de-saude-coletivos-e-as-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>143</sup> MONTU, Ricardo. **Os planos de saúde coletivos e as administradoras de benefícios**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36299/os-planos-de-saude-coletivos-e-as-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Nesta toada, configura-se como uma entidade de caráter eminentemente intermediador, ao passo que possui deveres de representação dos seus associados perante as operadoras e, concomitantemente, caráter organizacional-administrativo, expresso na capacidade privativa<sup>144</sup> de promover cobranças sobre inadimplementos de beneficiários das operadoras, nos contratos de planos coletivos.<sup>145</sup>

Ademais, apesar da não longeva instituição das Administradoras de Benefícios, a figura destas já demonstra ter enorme pujança na saúde suplementar brasileira, muito relacionada à própria estrutura desta, que se caracteriza pelo alto número de beneficiários de planos coletivos,<sup>146</sup> de maneira que, em um universo de mais de 47 milhões de usuários de planos de saúde privados, 38 milhões são adeptos dos planos suscetíveis a intermediação por parte das Administradoras, totalizando aproximadamente 77% dos beneficiários do mercado.<sup>147</sup>

Desta forma, resta claro que o equilíbrio de todo o setor passa pelas mãos da boa administração e organização destas administradoras, refletindo diretamente no desempenho econômico das operadoras e demonstrando a alta relevância daquelas neste curto espaço de tempo, desde que foram criadas.

### 3.3 DOS EFEITOS ECONÔMICOS DISCUTIDOS NA ADI 5756

Em que pese o mote da ADI em tela ser o suposto excesso da aplicação do poder normativo da ANS, tendo como objeto a criação das administradoras de benefício, outros questionamentos de cunho econômico são levantados no decorrer da ADI, sendo estes de suma importância para a compreensão da ação.

Grande ponto controvertido da ADI 5756, a possibilidade de criação de uma reserva de mercado e a consequente concentração da Saúde Suplementar é um tema que merece enorme

<sup>144</sup> MARCELOS, Bruno. **Natureza jurídica da atividade das administradoras de benefícios**. Disponível: <<http://brunomarcelosadvocacia.com.br/natureza-juridica-da-atividade-das-administradoras-de-beneficios/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

<sup>145</sup> MONTU, Ricardo. **Os planos de saúde coletivos e as administradoras de benefícios**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36299/os-planos-de-saude-coletivos-e-as-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>146</sup> ANAB - Administradora de Benefícios. Disponível em: <<http://www.anab.com.br/index.php/administradora-de-beneficios>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

<sup>147</sup> ANAB - Administradora de Benefícios. Disponível em: <<http://www.anab.com.br/index.php/administradora-de-beneficios>>. Acesso em: 25 mai. 2018.



cuidado, tendo em vista que, antes de se afeiçoar a qualquer questão econômica prática, a saúde em seu sentido mais amplo, é um direito fundamental e que exige tratamento diferenciado.

Torna-se necessária a análise dos pontos pelos quais o PSL discorreu, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, buscando dar ênfase ao desequilíbrio supostamente gerado pela criação das Administradoras de Benefícios.

Primeiramente, a legenda afirma que há uma falha na regulação, ao ponto que não foram imputadas às Administradoras de Benefícios as mesmas obrigações aplicáveis às operadoras de planos de saúde.

Desta forma, a Agência teria uma defasagem de ingerência no próprio setor que regula, comprometendo-o e possibilitando que o crescimento político e econômico desordenado dos sujeitos, gere a efeitos concorrenciais negativos ao mercado.

Um risco que é possível depreender da hipótese de fortalecimento inorgânico, beneficiado por questões alheias a ganhos de eficiência por desenvolvimento próprio, no exemplo, restrições geradas pelo arcabouço normativo e a possibilidade de captura da ANS, pelas Administradoras de Benefícios, uma vez que a falta de ferramentas que possam legitimar o controle destas, fortaleceriam a possibilidade de que ocorressem obscuridades no trâmite decisório das Agências Reguladoras, quando relacionado às Administradoras de Plano de Saúde.

Se constatada tal incongruência regulatória, a mesma traria, provavelmente, maiores vantagens às Administradoras e criaria a mencionada reserva de mercado. Ocorre que existem limitações específicas para a atuação das Administradora de Benefícios que impedem, ou pelo menos relativizam, esse pensamento.

Uma destas, e talvez a mais importante, é a impossibilidade de prestação, por parte das Administradoras, de atividade típica de operadora plano de saúde, como consta no artigo 3º da Resolução Normativa 196/2009 da ANS.<sup>148</sup>

<sup>148</sup> ANS. **Resolução Normativa – RN N° 196, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>.

Além disso, é possível verificar através das funções delegadas às Administradoras de Benefícios, descritas no artigo 2º da supramencionada Resolução,<sup>149</sup> que há uma delimitação clara para a atuação da aludida pessoa jurídica.

Desta forma, a *prima facie* demonstra-se inadequado colocar no mesmo patamar pessoas jurídicas que desempenham funções diferentes para justificar suposta afronta à concorrência pautada em falha regulatória.

Ademais, é impossível chegar à conclusão de que houve falha na regulação no aspecto econômico sem que fossem levados aos autos mínimos elementos probatórios que atestassem esse *déficit* gerado pelas administradoras. Sem isso, a análise da questão não passa de mera indução baseada em argumentos que não necessariamente coadunam com a realidade.

Faltam informações mais precisas sobre a atuação das administradoras, sendo este um problema não só destas ou da ANS, mas como de toda a regulação que teria sido desenvolvida sob a premissa de desburocratização da economia, mas que, por vezes, desempenha papel adverso, diante da multiplicidade de regulamentos editados.<sup>150</sup>

Entretanto, uma ação que vise, por exemplo, a desconstituição de uma pessoa jurídica de tamanha relevância atualmente, não pode se ater ao discurso de dificuldade de compreensão para sustentar a sua tese, ainda que essa dificuldade exista.

Exemplo dessa necessidade de aprofundamento da questão é a existência de dois métodos amplamente reconhecidos e utilizados pelos órgãos de regulação econômica para análises de condutas anticompetitivas. São estes: o *per se*, que se limita à análise adstrita da lei, tendo, portanto, um juízo menos abstrato, e a “regra da razão” que é um método de análise

---

Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>149</sup> ANS. **Resolução Normativa – RN N° 196, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

<sup>150</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.) **Direito, Regulação e Economia: estudos para o debate brasileiro**. 1ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.

que exterioriza a necessidade de que sejam avaliados os resultados das condutas e não apenas confrontada a natureza destas.<sup>151</sup>

Não necessariamente uma conduta que se configure pela letra fria da lei como anticompetitiva geraria uma perda do bem-estar do consumidor ou impediria a entrada de outras pessoas jurídicas no mercado em um espaço razoável de tempo.<sup>152</sup> É evidente que a análise da Saúde Suplementar no Brasil, como dito alhures, não pode se ater à mera sobreposição de números, mas uma proposta que vise alterar a realidade econômica de um setor deve ao menos relatar dados que possam ao menos justificar o pleito.

Isso se denota necessário principalmente porque o núcleo do dispositivo em que se baseia a ação visa declarar a inconstitucionalidade de atos normativos regulamentares em face do princípio da livre concorrência.

Decerto que, apesar da legenda alegar que tenha havido excesso no uso do poder normativo da ANS, a tese que venha a aduzir sobre a dita inconstitucionalidade, tendo como parâmetro o aludido princípio disposto no artigo 170, IV da Constituição,<sup>153</sup> precisa abarcar dados que justifiquem a sua proposição.

Quanto aos princípios da igualdade e do cooperativismo, também suscitados na peça inicial da ADI, importa frisar que quanto ao primeiro não se vislumbra a possibilidade de que seja confrontado na ação ora em análise uma vez que, como já mencionado, não se demonstra adequado colocar no mesmo patamar as Administradoras de Benefícios e as operadoras de Plano de Saúde.

---

<sup>151</sup> AMORIM, Fernando. **A Ilícitude Pelo Objeto e o Alcance da Discricionariedade do CADE no Processo Administrativo Sancionador Antitruste**. Revista de Defesa da Concorrência. p.78. Disponível: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/viewFile/353/170>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>152</sup> AMORIM, Fernando. **A Ilícitude Pelo Objeto e o Alcance da Discricionariedade do CADE no Processo Administrativo Sancionador Antitruste**. Revista de Defesa da Concorrência. p.78. Disponível: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/viewFile/353/170>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>153</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência. BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

Com relação ao cooperativismo,<sup>154</sup> não há comprovação aduzida nos autos de que tenha havido afronta ao mesmo, ainda que sejam consideradas as mais diversas perspectivas do princípio, muito em função da falta de provas já mencionada diante da imperiosa necessidade de que se tenham provas das condutas que poderiam ser consideradas como lesivas.

É evidente que as entidades regulatórias, que compõem Administração Indireta, devem subsumir suas atividades às suas atribuições, sob a condição de, não o fazendo, configurar-se uma ofensa ao princípio da legalidade.

No entanto, não diminui a relevância dos aspectos econômicos debatidos e que têm suma importância, ainda que seja declarada a inconstitucionalidade dos atos normativos que deram origem às Administradoras de Benefícios.

Outro ponto importante a ser considerado é que a regulação é uma atividade complexa, que demanda a atuação harmônica de um órgão diante das mais diversas atribuições, dada a autonomia conferida às entidades regulatórias.

Adentrando na atuação direta das Agência Reguladoras e os seus efeitos, tanto no que se refere aos entes regulados, como naqueles destinados à população, é possível que se divida a atividade de regulação em econômica e social, e, apesar da divisão teórica da temática, as duas devem estar e naturalmente se encontram do mesmo lado, uma vez que os objetivos de ambas coincidem, na medida em que são bem implementados.

Isso porque a teoria da regulação econômica foi desenvolvida a fim de melhorar a eficiência econômica do mercado, atribuindo a este condições mínimas de competitividade, continuidade dos entes regulados, renovação e inovação dos produtos. Além da facilidade de entrada de novos entes.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> O cooperativismo se caracteriza pela reunião de atitudes que sejam saudáveis para a coletividade, corrigindo distorções do mercado e promovendo a justiça social, a democracia e a solidariedade. Está relacionado também ao respeito mútuo dos sujeitos, ainda que estejam em competição, baseando-se na evolução da moral do homem, inspirada em princípios filosóficos correlatos. KRUEGER, Guilherme (coordenador). **Cooperativas na ordem econômica constitucional: teoria e direito**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 85.

<sup>155</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2018.

Por conseguinte, a teoria da regulação social se deu de maneira a propiciar à sociedade resultados que lhe sejam positivos, seja por meio de correção dos efeitos prejudiciais a atividade econômica, seja pela promoção de desenvolvimento de resultados melhores do que aqueles produzidos pelos mercados em operação.<sup>156</sup>

Desta forma, é possível imaginar a dificuldade que vem a gerar uma regulação que tenha como objeto um setor de relevância singular na realidade brasileira e que, ao mesmo tempo, é composta por entes privados em sua essência, de maneira que se justifica a já mencionada teoria, defendida por Alexandre dos Santos de Aragão, que atribui à ANS o título de Agência Reguladora de Serviço Público Compartido, dada a sua especificidade.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2018.

<sup>157</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

## CONCLUSÃO

Na esteira das dificuldades de se regular um mercado de tamanha especificidade encontram-se as mais diversas dúvidas, que têm demandado esforço ímpar por parte dos seus dirigentes e da Administração como um todo para promover a eficiência da Saúde Suplementar brasileira.

Através do citado Projeto de Lei 6621, de 2016, busca-se uma similaridade com a experiência das denominadas “Leis-Quadro” já analisadas no decorrer deste trabalho. No entanto, até que ponto seria benéfico ao mercado como um todo a efetivação de parâmetros que venham a atingir os mais diversos tipos de Agências Reguladoras? Como atribuir tratamento despersonalizado a objetos tão únicos sem, no entanto, afetar a eficiência do setor? Afinal, no ideológico do Estado gerencial, partiu-se da premissa de que o dinamismo seria peça fundamental para a evolução dos mercados, sendo essa uma característica basilar das entidades regulatórias.

Ocorre que a proposta, que hoje tramita no Senado Federal, não busca diretamente definir os limites da regulação, o que se afigura como compreensível dada a realidade controvertida dessa temática, mas tão somente alterar configurações atinentes à autonomia das Agências, à evolução da capacidade decisória, à escolha de dirigentes e à valorização da técnica, em se tratando da fundamentação das decisões.

Se promulgada, seria a Lei, nesses termos, suficiente para evitar o transgredir de capacidades processuais promovido pelo uso excessivo do poder regulamentar das entidades regulatórias, uma vez que se demonstra despreocupada em debater a fundo a natureza das Agências?

Comparando-se ao exemplo português, no qual a edição de uma lei-quadro teve imperiosa interferência na organização das Agências, seria a lei brasileira capaz de oferecer o mesmo benefício? E, caso não tenha esse feito, seria essa uma obrigação da mesma?

Com diversos anos de atraso, muito em função da demora na própria adoção do modelo, a obtenção de melhorias nesse aspecto não só viria a calhar, como significaria uma reposta ao avançado processo de evolução que se viu permeado pela necessidade de se desenvolver

rapidamente, numa nação que saía de uma crise profunda e tinha, como ainda tem, como seu ponto forte os ativos multinacionais.

Desta forma, a norma em tese já teria na sua origem uma falha, deixando de conceder ao aplicador e à população uma clareza maior e deixando de lado alguns debates que têm se repetido com o passar do tempo. Decerto, seria um grande avanço se fosse definida a natureza dos atos regulatórios a fim de encerrar a já arrastada discussão doutrinária que ainda se concentra nessa questão.

Entretanto, o projeto parece acertar ao ponto que atinge parte importante da celeuma que aflige o direito regulatório brasileiro: a necessidade de análise dos efeitos regulatórios sobre as decisões proferidas pelas Agências Reguladoras.

A título de exemplo, se fossem estudadas as consequências que porventura se sucederiam à criação das Administradoras de Benefícios, diminuir-se-ia a tortuosa busca da significação do seu papel e a real influência destas dentro da estrutura econômica regulada pela da ANS.

Por outro lado, é natural que se perceba certa dificuldade por parte da entidade regulatória para resolver temas que sejam especificamente relacionados ao mercado, uma vez que há invariável falta de expertise técnica para o assunto.

Uma solução para essa problemática poderia ser a cooperação entre Agências Reguladoras ou órgãos da Administração que possuam conhecimento suficiente para desenvolver estudos que possuam maior robustez técnica.

No caso da ANS e a instituição das Administradoras de Benefícios, em se tratando de objeto cujo setor atua de maneira híbrida sobre necessidade de regulação de um objeto eminentemente privado, mas com alto interesse público, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), seria extremamente benéfica e, além disso,

não seria uma inovação propriamente dita, tendo em vista que diversos acordos de cooperação já foram realizados entre estes órgãos.<sup>158159</sup>

O ideal seria não só um acordo de cooperação com objetivo específico, mas uma ação constante de análise dos efeitos, a fim de que os mesmos pudessem ser cortados em sua origem, evitando maiores repercussões.

Entretanto, é sabido que não há uma cultura de prevenção, que consista nessa análise sistêmica, baseada na troca de informações, a fim de que sejam avaliados os possíveis efeitos regulatórios. Provavelmente não há estrutura que viabilize atualmente esse trabalho conjunto entre os órgãos de maneira permanente, mas com um bom planejamento, seria possível operacionalizar essas demandas e prover um resultado muito mais positivo em se tratando de regulação econômica e social.

Quanto à análise do poder regulamentar da ANS, a criação das Administradoras de Planos de Saúde e o possível uso abusivo do mesmo passa por dois aspectos: (i) a liberalidade concedida à Agência dada a capacidade para a criação das supracitadas administradoras, e (ii) e a possibilidade de se instituir, por meio de regulamento, a figura destas.

Quanto ao primeiro aspecto, é importante frisar que a capacidade conferida passa pela prerrogativa específica do legislador que, entendendo de maneira acertada ser a ANS a Agência capacitada para instituir tal órgão, delegou a esta a aludida competência.

Isso não quer significar que a vontade do legislador seja absoluta frente aos ditames constitucionais, pelo contrário, é de suma importância que, por exemplo, através do controle de constitucionalidade difuso, sejam analisadas as normas constantes no ordenamento jurídico brasileiro e confrontadas, se necessário.

---

<sup>158</sup> ANS assina Acordo de Cooperação Técnica com Cade, SDE/MJ e a Seae/MF. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/958-ans-assina-acordo-de-cooperacao-tecnica-com-cade-sdemj-e-a-seaemf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>159</sup> ANS assina acordo com Cade, SDE e Seae. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/sociedade/472-ans-assina-acordo-com-cade-sde-e-seae>>. Acesso em: 24 jun. 2018.



Entretanto, o objeto da questão suscitada na ADI não é esse e, ainda que o fosse, faltam elementos probatórios que justifiquem a inconstitucionalidade da norma ordinária que deu origem à mencionada capacidade.

Quanto ao segundo, não há justificativa para definir o mero exercício de regulamentação da ANS, sobre matéria definida por lei a esta, como uso excessivo do poder regulamentar.

Além disso, sequer há comprovação, nos autos apresentados, do dito desequilíbrio que teria sido gerado através da instituição das Administradoras de Benefícios, restando apenas como base de análise as conclusões da legenda.

Denotam-se, portanto, insuficientes as alegações, tendo em vista que não se poderia decidir de outra forma que não pelo desprovimento da ADI, sob o risco de incidir em erro substancial de análise econômica, adstringindo-se aos termos em que a ação foi apresentada.

Por fim, não se deve ignorar o fato de que há um potencial mal analisado desse mercado e que precisa de uma análise que se aprofunde e vá além das questões técnicas em matéria de regulação.

Há uma falha geral no modelo regulatório brasileiro que é a falta de previsibilidade das consequências das decisões, entretanto, há um sopro de esperança que vem, não somente da possibilidade de um diploma que instrumentalize essa demanda, mas também na efetiva evolução do modelo regulatório, dada a capacitação dos seus dirigentes e a adoção de práticas salutaras para o setor.

Ao passo que o nosso modelo regulatório avançar, levando em consideração não só as questões atinentes ao caráter técnico dos setores em separado e sim com uma preocupação maior de prover à sociedade efeitos positivos da regulação, os resultados se demonstrarão positivos e mais adequados à nossa realidade.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcus Vinicius. **Gênese e Indefinições da Accountability nas Agências Reguladoras Brasileiras: os Casos da Anatel e da ANS**. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gpg-2903.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

AGENCIA CAMARA. **Governo defende aprovação de lei geral das agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/537790-GOVERNO-DEFENDE-APROVACAO-DE-LEI-GERAL-DAS-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

AGENCIA CAMARA. **Proposta aumenta quarentena para ex-dirigentes de agências reguladoras**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/481220-PROPOSTA-AUMENTA-TEMPO-DE-QUARENTENA-PARA-EX-DIRIGENTES-DE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

AGÊNCIA SENADO. **Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023**. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

AGÊNCIAS reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos. Governo do Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

ALMEIDA, Cássia; CASEMIRO, Luciana. **Lei dos Planos de Saúde: 20 anos de críticas e conquistas**. Extra. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/lei-dos-planos-de-saude-20-anos-de-criticas-conquistas-22743668.html>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

AMORIM, Fernando. **A Ilícitude Pelo Objeto e o Alcance da Discrecionabilidade do CADE no Processo Administrativo Sancionador Antitruste**. Revista de Defesa da Concorrência. p.78. Disponível: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/viewFile/353/170>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ANAB - Administradora de Benefícios. Disponível em: <<http://www.anab.com.br/index.php/administradora-de-beneficios>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

ANS assina acordo com Cade, SDE e Seae. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/sociedade/472-ans-assina-acordo-com-cade-sde-e-seae>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ANS assina Acordo de Cooperação Técnica com Cade, SDE/MJ e a Seae/MF. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/958-ans-assina-acordo-de-cooperacao-tecnica-com-cade-sdemj-e-a-seaemf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ANS. **RDC - Resolução de Diretoria Colegiada 593/00, de 05 de Janeiro de 2000.** Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

ANS. **Resolução Normativa – RN N° 195, de 14 de julho de 2009.** Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

ANS. **Resolução Normativa – RN N° 196, de 14 de julho de 2009.** Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

ANS. **Resolução Normativa – RN N° 205, de 8 de outubro de 2009.** Estabelece novas normas para o envio de informações do Sistema de Informações de Produtos - SIP a partir do período de competência do 1º trimestre de 2010 e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTUyNg>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

ANS. **Resolução Normativa – RN N° 295, de 9 de maio de 2012.** Estabelece normas para a geração, transmissão e controle de dados cadastrais de beneficiários do Sistema de Informações de Beneficiários da Agência Nacional de Saúde Suplementar - SIB/ANS; dispõe sobre o formato XML (Extensible Markup Language) como padrão para a troca de informações entre as operadoras e o SIB/ANS; revoga a Resolução Normativa - RN nº 250, de 25 de março de 2011; e dá outras providências. Brasília, DF: Agência Suplementar de Saúde, 2012. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjEwMA>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo e econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AUTONOMIA Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. **Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – Fundação Getúlio Vargas.** Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto 3.327, de 05 de Janeiro de 2000.** Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1997. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9491.htm#art35](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9491.htm#art35)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1998. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2000. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931/DF.** Requerente: Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS. Intimado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília: 10 de dezembro de 1998. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1741189>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5756**. Requerente: Partido Social Liberal. Intimado: Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 14 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5240397>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

CAETANO, João Carlos; DO PRADO Martha Lenise; PIETROBON, Louise. **Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor**. Physis vol.18 no.4 Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312008000400009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000400009)>. Acesso em: 2 jun. 2018.

CAMARA. **Projeto de Lei nº 6.621**, de 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agências y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista47/Revista47\\_157.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Deslegalização no Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Belo Horizonte: Fórum. Não paginado.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASEMIRO, Luciana. **Planos de Saúde Perdem mais de 3 milhões de usuários em 3 anos**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/planos-de-saude-perdem-mais-de-3-milhoes-de-usuarios-em-3-anos-22326983>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ENTENDA o que é DRU. **Estadão**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-que-e-a-dru,97994>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Dos métodos de integração normativa e a superação parcial do art. 4º da LINDB**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14513](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14513)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

FILGUEIRAS, Maria Luíza. Um partido e duas Unimeds na mira de uma investigação. Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/um-partido-e-duas-unimeds-na-mira-de-uma-investigacao/>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

IBRAHIM, Fabio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed., atualizada. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KRUEGER, Guilherme (coordenador). **Cooperativas na ordem econômica constitucional: teoria e direito**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

MARCELOS, Bruno. **Natureza Jurídica da Atividade das Administradoras de Benefícios**. Disponível em: <<http://brunomarcelosadvocacia.com.br/natureza-juridica-da-atividade-das-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.) **Direito, Regulação e Economia: estudos para o debate brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade** / Paulo Todescan Lessa Mattos. 2. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. – (coleção capitalismo & democracia) p. 32-33.

MEDIDA que permite investimentos estrangeiros nos serviços de saúde causa controvérsia. **Veja**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/medida-que-permite-investimentos-estrangeiros-nos-servicos-de-saude-causa-controversia/>>. Acesso em 8 jun. 2018.

MONTU, Ricardo. **Os planos de saúde coletivos e as administradoras de benefícios**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36299/os-planos-de-saude-coletivos-e-as-administradoras-de-beneficios>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. **A Lei Quadro das Entidades Reguladoras e o seus Estatuto de Independência**. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/8108/A%20Lei-Quadro%20das%20Entidades%20Reguladoras.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **A importância da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, no âmbito da saúde suplementar no Brasil**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3040](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3040)>. Acesso em: 14 mai. 2018.

NETO, Eduardo Hayden Carvalhaes. **Lei Federal autoriza capital estrangeiro no setor de assistência à saúde**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215558,41046-Lei+Federal+autoriza+capital+estrangeiro+no+setor+de+assistencia+a>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

O mercado de Serviços de Saúde no Brasil. **PricewaterhouseCoopers**. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/setores-atividade/assets/saude/healthcare-port.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Método, 2017.

ORGANOGRAMA – Estrutura e Atribuições na Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/organograma>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

PENNAFORT, Roberta. **Despesas com saúde no Brasil atingiram 9,1% do PIB em 2015**. O Estado de S. Paulo. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,despesas-com-saude-no-brasil-atingiram-9-1-do-pib-em-2015,70002126378>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

PINHO, Cláudio A. **A Agência Nacional de Saúde Suplementar: Dez anos depois do marco Regulatório – avanços e desacertos**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). **Direito econômico: evolução e institutos**. Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINTO, Tales. **O New Deal**. História do Mundo. Disponível em: <<https://historiadomundo.uol.com.br/idade-contemporanea/o-new-deal.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.) **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora Método, 2017.

PROCURADORES garantem validade de multa atribuída a operadora de plano de saúde que não realizou procedimento cirúrgico. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/noticia\\_25968647\\_PROCURADORES\\_GARANTEM\\_VALIDADE\\_DE\\_MULTA\\_ATRIBUIDA\\_A\\_OPERADORA\\_DE\\_PLANO\\_DE\\_SAUDE\\_QUE\\_](http://www.lex.com.br/noticia_25968647_PROCURADORES_GARANTEM_VALIDADE_DE_MULTA_ATRIBUIDA_A_OPERADORA_DE_PLANO_DE_SAUDE_QUE_)>. Acesso em: 8 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo – FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14076>>. Acesso em: 09 mai. 2018.